Die alternative Ermächtigung des Gläubigers im deutschen bürgerlichen Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Heinrich Lippert

Referendar in Magdeburg.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

1. Einführung 1
2. Zwecke der Gläubigerermächtigung 5
3. Gläubigerermächtigung und aktive Wahlschuld 8
4. Die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses mit Gläubigerermächtigung 13
5. Gegenstand des Schuldverhältnisses bis zur Ausübung der Ermächtigung 17
6. Charakter des Wahlrechts 23
7. Die Ausübung der Wahl 26
8. Das Variationsrecht des Gläubigers 30
9. Die Erfüllung 35
10. Die Einwirkung des Irrtums 36
11. Ursprüngliche Unmöglichkeit der Primär- oder Eventualleistung . 42
12. Nachfolgende Unmöglichkeit der Primär- oder Eventualleistung . . 43
13. Die Gläubigerermächtigung im Prozeß 48
14. Schluß 54

Literaturverzeichnis.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Berlin 1878.

Canetta, Zur Lehre von den sogen. alternativen Obligationen. Erlanger Dissertation. Köln 1898.

Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld. Inaug.-Dissert. Leipzig 1902.

Dechamps, Die obligatorischen Wahlschuldverhältnisse. Inaug.-Dissert. Freiburg i. B. 1901.

Demelius, Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Neue Folge Bd. 17.

Dernburg, Bürgerliches Recht. 1. und 2. Aufl. Bd. 2.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 5. Aufl. 1899.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. Berlin 1888.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1902.

Förster-Engelmann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. Teil 1 und 2. 2. Aufl.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. 1899.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Leuchtenberger, Unter welchen Voraussetzungen tritt bei Wahlschulden eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Leistung ein? Inaug.-Dissert. Rostock 1902.

Leo, Die Wahl bei der Alternativobligation. Inaug.-Dissert. Göttingen 1897.

Leonhardt, Die Wahl bei der Wahlschuld. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 41.

Levy, Die Zwangsvollstreckung aus disjunktiv-vollstreckbaren Schuldtiteln. Nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Gruchot Bd. 36.

Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte. Berlin 1903. Darüber Dittenberger im juristischen Literaturblatt Bd. 15 S. 86.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Berlin 1900.

Mitteis, Individualisierung der Obligation.

Müller, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners. Inaug.-Dissert. Rostock 1902.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1904.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation. Marburg 1880.

Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905. Darüber Goldmann in der Literaturbeilage zur Deutschen Juristenzeitung. 11. Jahrg. 1906 Nr. 7.

Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung. 4. Aufl.

Pistory, Wahl und Unmöglichkeit als Voraussetzungen der Beschränkung der Wahlschuld nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug.-Dissert. Erlangen 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl.

Regelsberger, Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 16.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1903.

Reincke, Deutsche Zivilprozeßordnung. 5. Aufl. 1904.

Römer, Die Leistung an Zahlungs Statt. Tübingen 1866.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen. Teil 1—3. Berlin 1883, 1887, 1889.

Schenke, Die Alternativobligation. Inaug.-Dissert. Greifswald 1900.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

Siméon, Recht und Rechtsgang. Bd. 1. 1901.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl.

Stein, In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Das Zivilprozeßrecht.

Stein, Zur Novelle der Zivilprozeßordnung. In der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 24.

Stölzel, Schulung für die zivilische Praxis.

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Berlin 1901.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1885.

Wächter, Handbuch des württemberg. Privatrechts. Bd. 2. Stuttgart 1842.

Wagner, Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners. Inaug.-Dissert. Greifswald 1903.

Weiz, Die Facultas alternativa. Erlanger Inaug.-Dissert. Würzburg 1904.

Wilmowsky-Levy, Zivilprozeßordnung. 7. Aufl.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1899 (Mugdan).
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1897—99.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seufferts Archiv.

„. . . jedes Recht ist selbstgeschaffene Zweckbildung".

Adolf Wach (Rektoratsrede vom 31. 10. 1902. Leipziger Programm S. 22).

I. Einführung.

Ein Rechtsinstitut verdankt seine Entstehung nicht der reinen juristischen Abstraktion, sondern in jeder Phase der Rechtsentwicklung läßt sich mehr oder weniger erkennbar beobachten, daß das praktische Leben, wenn es neuer wirtschaftlicher Gestaltungen bedarf, sich bis zu einem gewissen Grade die juristischen Mittel, die zur Verwirklichung der neuen Ziele erforderlich sind, selbst schafft. Der Praxis kommt der Gesetzgeber zu Hilfe. Seine große Kunst ist, den neuen lebensfähigen Gestaltungen auch zum Leben zu verhelfen, die alten abgewirtschafteten ihres Dienstes zu entheben.

Eine sehr merkwürdige Entwicklung in dieser Hinsicht ist der sogen. „alternativen Ermächtigung des Gläubigers"[1]) zu teil geworden.

Bis vor etwa drei Jahrzehnten wurde nicht einmal die Möglichkeit ihrer Existenz in Erwägung gezogen. Der einzige Fall in der gemeinrechtlichen Literatur, in dem die Frage aber auch nur gestreift wird, findet sich bei Wächter[2]): „Räumt der Verpflichtete im Falle einer alternativen Ermächtigung dem Berechtigten das Wahlrecht ein, so hört die alternative Ermächtigung zu bestehen auf und geht in eine alternative Verbindlichkeit über". Eine alternative Ermächtigung wird hier nur auf der Schuldnerseite für möglich gehalten. Ob in diesem Falle aber das Wahlrecht dem Gläubiger nicht auch in anderer

[1]) Regelsberger in Jherings Jahrb. f. Dog. Bd. 16 S. 159ff.

[2]) Handbuch des württemberg. Privatrechts Bd. 22 S. 199 z. Anm. 6.

Form als der der Alternativobligation eingeräumt werden könnte, ist hier noch nicht erörtert.

Und selbst nachdem Regelsberger,[1]) — angeregt durch einen Fall aus dem praktischen Leben, der der Fakultät in Würzburg zur Entscheidung vorgelegen hatte, — diesen neuen Weg entdeckt hatte, konnten sich manche Juristen in die neuen Gedanken nicht finden. Pescatore[2]) stellte den Satz auf: „Die sogen. alternative Ermächtigung des Gläubigers ist lediglich ein Fall der sogen. alternativen Obligation mit Wahl des Gläubigers".

Es muß also der Frage näher getreten werden, ob und wie eine Alternativermächtigung auf der Gläubigerseite überhaupt zu denken ist.

Die älteren Juristen hielten ein Gläubigerwahlrecht bei obligatorischen Rechtsverhältnissen nur in der Form der Alternativobligation für möglich, d. h. es besteht ein Rechtsverhältnis, kraft dessen dem Gläubiger das Recht zusteht, unter mehreren Leistungen diejenige zu wählen, die der Schuldner leisten soll: A schuldet dem B nach dessen Wahl seinen Schimmel oder Rappen. Es ist aber tatsächlich etwas anderes, wenn der Vertrag dahin geschlossen ist: A schuldet dem B den Schimmel; wenn der Rappe ihm jedoch besser gefällt, soll B diesen statt des Schimmels fordern dürfen. Im ersten Fall ist unbestimmt, mit welcher der beiden Leistungen A erfüllen soll. A kann noch nicht, wie er will, irgend eines der Pferde wählen und leisten. Ehe die Wahl des Gläubigers erfolgt ist, kann der Schuldner nicht erfüllen. Im zweiten Fall ist fest bestimmt, daß der Schimmel geschuldet ist. Es bleibt alles beim Wortlaut des vereinbarten Schuldverhältnisses, wenn B nicht statt des Schimmels den Rappen verlangt. A kann durch Leisten des Schimmels das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen, denn eine Unbestimmtheit der Leistung liegt hier nicht vor. A hat dem B nur das Recht eingeräumt, den Inhalt des Schuldver-

---

[1]) Jahrbücher für Dogmatik Bd. 16 S. 150 ff.

[2]) Pescatore, Die alternative Obligation 1880 S. 270; Endemann, Lehrbuch Bd. 1 § 118 Nr. 4.

hältnisses zu verändern: „Im ersteren Falle ist eine Entscheidung über die schließliche Objektgestaltung erforderlich, im zweiten dagegen nicht, hier kann nur möglicherweise eine Veränderung des Objekts eintreten.“[1])

Diese Veränderung kann sehr verschieden sein. Es braucht nicht nur eine Leistung als Eventualleistung an Stelle der primären zu treten, es kann der Eventualleistung eine dritte und weitere Leistung als eventuelle unterstellt sein, die man dann passend als tertiäre Leistung usf. bezeichnen würde. Der Einfachheit halber ist jedoch im folgenden stets angenommen, daß es sich bei dem behandelten Rechtsverhältnisse nur um eine Primärleistung und eine Eventualleistung handelt. Auch die Eventualität kann sehr verschieden sein. Derselbe Gegenstand kann die Primär- und die Eventualleistung bilden, die Eventualität kann in der Verschiedenheit der Leistungsorte, der Leistungstermine, der Personen des Leistungsempfängers liegen.[2]) Sie kann in Rechtsverhältnissen aller Art vorkommen. Im bürgerlichen Gesetzbuch finden sich z. B. Fälle im Obligationenrecht (§ 249 Abs. 2,[3]) § 340,[4]) § 843 Abs. 3,)[5]) im Sachenrecht (§ 915 Abs. 1),[6]) im Familienrecht (1345,[7]) 1346)[8]). Auch vertraglich kann die Gläubigerermächtigung in aller Art Rechtsverhältnissen vereinbart werden.

Nachdem Regelsberger den Weg gewiesen, hat auch die neuere Literatur die Möglichkeit einer „Alternativermächtigung auf der Gläubigerseite“ fast allgemein anerkannt.[1]) Um so mehr gehen jedoch die Ansichten derer auseinander, die über diese Ermächtigung geschrieben haben. Und das ist um so erklärlicher, als weder das gemeine Recht, noch das preuß.

---

[1]) Litten, Die Wahlschuld S. 97.

[2]) vgl. Langheineken S. 207.

[3])—[7]) Pescatore (1905) S. 263 ff.; Litten S. 120; Langheineken S. 201.

[8]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 24 Anm. 5 Nr. 28 ff.; Litten S. 96 ff., 120; Planck, Kom. Bd. 2 S. 47; Rehbein (1903) Bd. 2 S. 72; Matthiaß Bd. 1 S. 344; Zitelmann S. 509; Weitz S. 13; Dechamps S. 54, 76; Langheineken S. 201; Chamizer S. 79; Canetta S. 29; Schenke S. 51; Pistoriy S. 10; Leuchtenberger S. 7; Siber S. 64; Hellwig S. 101 u. a.

allgem. Landrecht, noch auch das Bürgerliche Gesetzbuch über dieses Rechtsinstitut positive Vorschriften gegeben haben. Dagegen finden sich doch im Bürgerlichen Gesetzbuch zahlreiche Einzelbestimmungen für ganz bestimmte Rechtsverhältnisse, die eine Alternativermächtigung auf der Gläubigerseite enthalten.

Nach § 249 hat der Gläubiger in erster Linie das Recht, von dem Schuldner, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, zu verlangen, daß er den Zustand herstelle, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

Der aus einem Vertrage entspringende Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung steht dem Erfüllungsanspruch als Eventualanspruch gegenüber (§ 326 BGB.)[1]).

Im Fall des § 1345 kann ein Ehegatte, dem die Nichtigkeit der Ehe nicht bekannt war, von dem andern Ehegatten, dem die Nichtigkeit bei der Eheschließung bekannt war, nach der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe in erster Linie verlangen, daß die allgemeinen Folgen der Nichtigkeit eintreten. In zweiter Linie kann er verlangen, daß ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht, so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre.

Ist der Schuldner zu einer Leistung rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, soweit nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist (§ 283 BGB.).

Da es an jeder positiven allgemeinen Bestimmung über die

---

[1]) Dernburg Bd. 2, 1 S. 215.

Gläubigerermächtigung im Gesetz fehlt, und der Gesetzgeber zu ihrer Beurteilung keine gemeinsamen Gesichtspunkte gewiesen hat, wird es sich empfehlen, nach Darlegung der wirtschaftlichen Zwecke der Gläubigerermächtigung das Thema mit der Beleuchtung seiner theoretischen Grundlagen und seines juristischen Aufbaues anzugreifen.

2. Zwecke der Gläubigerermächtigung.

Aus der Form des Vertrages oder der gesetzlichen Bestimmung ist ohne weiteres der Zweck der Ermächtigung nicht zu erkennen. Das Wort „statt", mit dem hier oft operiert wird, enthält sehr verschiedene Bedeutungen.

Auf die Frage, welche Bedeutung diese Ermächtigung haben kann, ist als erster Regelsberger[1]) eingegangen, der sie in Parallele zur Alternativobligation stellt: „der alternativen Fassung kann eine doppelte Absicht zugrunde liegen. Entweder dem Gläubiger soll größere Sicherheit dafür geboten werden, daß er durch die Obligation überhaupt etwas bekommt, eine Sicherung, die darin liegt, daß der zufällige Untergang eines der alternativ bezeichneten Gegenstände oder selbst aller bis auf einen den Schuldner nicht befreit. Oder der Zweck ist, dem Wahlberechtigten Zeit zur besseren Überlegung der Wahl, auch wohl, wie namentlich bei Vermächtnissen, einem bei Errichtung des Rechtsgeschäfts nicht Beteiligten, dem Erben oder Vermächtnisnehmer, das Wahlrecht einzuräumen."

Es ist das Verdienst Littens, bei Gelegenheit der Behandlung der Zwecke der Wahlschuld diese Gedanken Regelsbergers über die Gläubigerermächtigung weiter ausgebaut zu haben. Bei der Alternativobligation zeigt sich eine Disharmonie[2]) der Zwecke darin, daß „die durch § 263 BGB. nachgelassene Ausübung des Wahlrechts durch bloße Erklärung den Versicherungszweck vereitelt", und daß andrerseits „das Wahlschuldverhältnis dem Wahlzweck nicht mehr dienen kann, so-

[1]) S. 171.
[2]) Litten S. 171.

bald durch das nachträgliche Unmöglichwerden einer Leistung gemäß § 265 BGB. der Kreis der wählbaren Leistungen verringert wird". Bei der Gläubigerermächtigung können dieselben Zwecke vorliegen, und je nach Vorwalten des einen oder anderen Zweckes muß sich naturgemäß das Schuldverhältnis ganz verschieden abwickeln. Der große Vorzug der Gläubigerermächtigung ist nun, daß man hier, da man durch eine gesetzliche Bestimmung nicht beschränkt ist, zu einer befriedigenden Lösung gelangen kann. Im einzelnen kann darauf erst im Laufe der Arbeit eingegangen werden. Aber schon in allgemeiner Form kann die Alternative nach ihrer verschiedenen Bedeutung dadurch gekennzeichnet werden: man kann auch hier von einem „Auswahlzweck" und einem „Versicherungszweck" reden. Liegt der Auswahlzweck zugrunde, so hat die Ermächtigung nur „die Bedeutung eines Provisoriums",[1]) liegt dagegen der Versicherungszweck zugrunde, so ist die Alternative berechnet, eine „endgültige Qualität"[2]) zu bilden.

In den gesetzlichen Fällen der Gläubigerermächtigung spielt die strenge Unterscheidung der Zwecke dieselbe große Rolle. Es ist aber auch hier nicht immer möglich, ein für allemal zu entscheiden, ob eine gesetzliche Ermächtigung dem Wahl- oder Versicherungszweck dient. § 340 BGB. z. B. schließt zwei durchaus verschieden zu behandelnde Fälle ein:

Aus der Bestimmung des § 339 Abs. 1, der die Strafe dann für verfallen erklärt, wenn der Schuldner in Verzug kommt, geht hervor, daß hier ein Verschulden vorausgesetzt wird.[3]) Da nach § 339 Abs. 2 die Verwirkung der Strafe mit der Zuwiderhandlung eintritt, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, so ist hier ein Verschulden nicht vorausgesetzt.[4])

Der Zweck ist unzweifelhaft beiden Fällen gemeinschaftlich, daß dem Gläubiger das Minimum seines Erfüllungsinteresses

---

[1]) Demelius S. 39.

[2]) Demelius S. 39.

[3]) Staub zu § 348 Anm. 10.

[4]) Goldmann und Lilienthal S. 394; Fischer und Henle zu § 339 Anm. 8.

von vornherein fixiert ist und ihm so die Geltendmachung der Interesseforderung erleichtert wird.

Im Fall des § 339 Abs. 1 hat der Gläubiger zwischen dem Anspruch auf Erfüllung und der Strafe nur so lange die Wahl, als er die Erfüllung verlangen kann. Da aber im Fall des § 339 Abs. 2 von der Voraussetzung eines Verschuldens abgesehen ist, so hat das Versprechen der Strafe hier den Sinn einer Garantieübernahme für die Erfüllung.[1]) Im Fall des § 339 Abs. 1 waltet mithin der Wahlzweck, im Fall des § 339 Abs. 2 der Sicherungszweck vor.

Es muß in jedem einzelnen Falle der Absicht des Gesetzgebers nachgeforscht werden. Jedoch in einer Beziehung hat man vielleicht gelegentlich in der Bestimmung selbst einen Anhalt. Man wird im allgemeinen nicht fehlgehen, wenn man in den Fällen, in denen der Gesetzgeber dem Schuldner das Recht gegeben hat, dem Gläubiger zur Vornahme der Wahl eine Frist zu setzen, mit deren Ablauf der Gläubiger seines Wahlrechts verlustig geht (z. B. § 1347 BGB.), ein Vorwalten des Auswahlzwecks zu finden, während in den Fällen, in denen der Schuldner gar keine Möglichkeit hat, den Gläubiger zur Vornahme der Wahl zu zwingen, in der Regel der Versicherungszweck zugrunde liegen wird (z. B. § 249 Abs. 2, 340, 915 Abs. 1).

Der Wahl- und der Versicherungszweck beherrschen also die gesetzlichen Fälle der Gläubigerermächtigung in demselben Maße, wie die vertraglichen Fälle. Der Versuch einer erschöpfenden Aufzählung der gesetzlichen Fälle erscheint demnach unzweckmäßig, und der Versuch einer prinzipiellen Unterscheidung der durch Vertrag oder Gesetz entstandenen Ermächtigungen als ganz unnötig. Dechamps[2]) hat sich vergeblich bemüht, darzulegen, daß es untunlich sei, die sämtlichen Fälle der Gläubigerermächtigung, rechtsgeschäftliche wie gesetzliche, „über einen Kamm zu scheren", wie Regelsberger es getan habe. Mit der Behauptung: „auch die rechtsgeschäftliche

---

[1]) Goldmann und Lilienthal S. 394.

[2]) S. 62, 80.

und die gesetzliche Obligation werden durchweg gleich behandelt; dennoch wird niemand einen Wesensunterschied zwischen beiden verkennen wollen“[1]) ist m. E. gar nichts gewonnen. Eine so allgemeine Regel, daß bei der Erwerbung des Wahlrechts aus Parteifestsetzung die beschränktere, bei der Erwerbung durch gesetzliche Vorschrift die vollkommenere Wahlbefugnis zu vermuten sei, läßt sich nicht aufstellen.[2]) Der wichtige Ausgangspunkt zur Untersuchung der Gläubigerermächtigung ist die Erforschung des mutmaßlichen Willens der Parteien, in gesetzlichen Fällen des Zweckes des Gesetzes; man wird schwerlich ein Rechtsinstitut zu würdigen wissen, wenn man bekennen muß: „wir vermögen einen derartigen mutmaßlichen Willen nicht zu entdecken.“[3])

Für den Prozeßrichter wird die Feststellung des mutmaßlichen Willens zunächst das Wichtigste sein, da je nach Vorwalten des Wahl- oder Versicherungszwecks das Schuldverhältnis eine andere Behandlung verdient. Wer zu beweisen hat, daß dieser oder jener Zweck dem Schuldverhältnis zugrunde liegt, ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, daß derjenige, der einen Anspruch geltend macht, seine Rechte beweisen muß, wenn sie bestritten werden. Die dem Versicherungszweck dienende Ermächtigung gibt dem Gläubiger wesentlich größere Rechte, als die dem Wahlzweck dienende. Ist demnach unstreitig, daß dem Gläubiger eine Alternativermächtigung eingeräumt ist, so hat der klagende Gläubiger zu beweisen, daß diese zu seiner größeren Sicherheit bestimmt war. Die Vermutung wird für das Vorliegen des Wahlzwecks sprechen.

3. Gläubigerermächtigung und aktive Wahlschuld.

Bei der nahen wirtschaftlichen Verwandtschaft der Alternativermächtigung und aktiven Wahlschuld gilt es vor allem, ihre Grenzen gegeneinander zu ziehen. Darauf hinzuweisen,

---

[1]) S. 80 Anm. 1.
[2]) vgl. auch Regelsberger S. 173.
[3]) Dechamps S. 69 Anm. 1.

ist um so wichtiger, als erst in einer der neuesten Monographien[1]) die Ansicht verfochten wird, „der Streit, ob ein bestimmtes Schuldverhältnis als ein Fall von Alternativermächtigung anzusehen sei, sei ein müßiger".

1. Bei der Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist (§ 262 BGB.). Mit Recht ist darauf hingewiesen worden,[2]), daß es zur Entscheidung der Frage nach der juristischen Konstruktion unzulässig ist, die Worte „es werden mehrere Leistungen geschuldet" aus ihrem Zusammenhang herauszureißen, um etwa daraus den Schluß zu gewinnen, die Leistungen seien gleich von Anfang an beide Obligationsgegenstand. Aus der Fassung des § 262 BGB. ergibt sich nur, daß die Wahlschuld „ein Schuldverhältnis ist, bei welchem die vom Schuldner zu bewirkende Leistung aus mehreren bestimmten Leistungsmöglichkeiten durch Parteiwahl bestimmt werden soll".[3])

Daß nach erfolgter Erklärung der Wahl gegenüber dem anderen Teil nur noch die gewählte Leistung Inhalt des Schuldverhältnisses ist, besagt § 263 BGB.; er besagt sogar, daß die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gelten soll. Über die Frage aber, was tatsächlich bis dahin Obligationsinhalt war, gibt § 263 keine Auskunft. Das Gesetz hat eine ausdrückliche Entscheidung der Frage nicht getroffen — nur mittelbar können hier Schlüsse aus Gesetzesbestimmungen gezogen werden —; die Entscheidung blieb der Wissenschaft vorbehalten. Diese Frage nach der sogen. Objektspendenz ist m. E. überzeugend dahin entschieden worden,[4]) daß im Falle des Gläubigerwahlrechts eine resolutive Objektspendenz besteht. Ehe der Gläubiger nicht gewählt hat, weiß der Schuldner nicht, welcher der geschuldeten Gegenstände zur Erfüllung dienen wird; er kann nicht eher erfüllen, als bis der Gläubiger

---

[1]) Pescatore (1905) S. 280.
[2]) Litten S. 75.
[3]) Litten l. c.
[4]) Litten S. 72ff., 78.

die Wahl vorgenommen hat, oder er vom Recht des § 264 Abs. 2 Gebrauch gemacht hat.

Eine derartige Unbestimmtheit liegt bei der Gläubigerermächtigung dagegen nicht vor. Die Eigenart der Gläubigerermächtigung „gegenüber der der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht zugrunde liegenden, beruht in genauer Analogie zum begrifflichen Zwecke der facultas alternativa des Schuldners darin, daß bei der Wahlschuld die Geltung des Parteiinteresses noch unbestimmt ist, bei der einfachen Schuld aber trotz Hinzufügung der facultas bereits bestimmt".[1]) Erklärt der Gläubiger nicht, die Eventualleistung zu verlangen, so kann der Schuldner doch erfüllen. Da zur Erfüllung hier eine Handlung des Gläubigers nicht erforderlich ist, so kann der Schuldner den Gläubiger nur durch tatsächliches Angebot der primären Leistung in Verzug setzen (§ 294 BGB.), während bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht der Gläubiger durch das wörtliche Angebot der Leistungen in Verzug gesetzt werden kann (§ 295 BGB.).[2])

2. Um die Unbestimmtheit der Alternativobligation zu beseitigen, bedarf es der Wahlerklärung des Gläubigers, und zwar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung (§ 263 BGB.). Durch diese tritt die Vereinfachung des Schuldverhältnisses ein.

Welche Wirkung im Falle der Gläubigerermächtigung die Erklärung des Gläubigers, er verlange die Eventualleistung, hat, muß einer späteren eingehenden Untersuchung vorbehalten bleiben.

3. Bei der Alternativobligation geht der Parteiwille — und das gehört zum Begriff der Wahlschuld — stets dahin, daß das Schuldverhältnis zwei oder mehrere Leistungen alternativ nebeneinander umfaßt. Bei der Gläubigerermächtigung handelt es sich um ein ganz anderes Verhältnis. Bei dieser besteht für den Gläubiger ein einfaches Forderungsrecht in der Art, daß die andere Leistung nur als Ersatzleistung in Be-

---

[1]) Litten S. 97.

[2]) Chamizer S. 81 u. m.

tracht kommt. Der beiderseitige Parteiwille hat einen Gegenstand als primäre Leistung fest bestimmt, nur möglicherweise kann die Ersatzleistung an Stelle der primären treten.

Die Ähnlichkeit der Gläubigerermächtigung und der Schuldnerermächtigung ist nur eine sehr äußerliche. Mit Recht weist Pescatore darauf hin,[1]) daß es sich hier um grundverschiedene Verhältnisse handelt. Weitz stellt sie in Gegensatz, indem er sagt[2]): „die facultas alternativa des Schuldners ist einheitlicher Struktur usw.“ und „bei der facultas alternativa des Gläubigers dagegen handelt es sich um zwei, auf verschiedene Leistungsgegenstände gerichtete, aus demselben Rechtsverhältnis hervorgegangene Obligationen.[3])

Es liegt auf der Hand, daß, wenn dem Schuldner außergewöhnliche Rechte zugestanden werden, — das Schuldverhältnis durch eine andere Leistung als die geschuldete zu tilgen — ganz andere Parteizwecke maßgebend sind, als wenn dem Gläubiger eine Ermächtigung eingeräumt wird, so daß auch zur Behandlung der Frage nach dem geschuldeten Gegenstand, nach dem Verzug des Gläubigers und Schuldners, nach der Rechtsdurchführung im Prozeß ganz verschiedene Gesichtspunkte leitend sein müssen.

Es leuchtet ein, daß mit einer Definition für beide als „ein Schuldverhältnis, welchem die Notwendigkeit innewohnt, in der Bewirkung einer anderen als der geschuldeten, ausdrücklich bezeichneten Leistung seine Befriedigung zu finden“,[4]) gar nichts gewonnen ist. Diese beiden Größen sind eben nicht mit demselben Maß meßbar. Und was ihnen beiden den gemeinsamen Namen „facultas alternativa“ eingetragen hat, dürfte lediglich der Gesichtspunkt sein, daß zunächst der Gegensatz beider zu den beiden Arten der obligatio alternativa mit ihrer Objektspendenz augenfällig war, und sie daher auch durch die

---

[1]) Pescatore (1905) S. 208.

[2]) S. 94, 95.

[3]) Bei der Annahme eines so einschneidenden Unterschiedes konnte Weitz dadurch, daß er beide Rechtsinstitute unter denselben Gesichtspunkten darstellte, keine Klarheit der Darstellung erzielen.

[4]) Dechamps S. 53.

Benennung in bewußten Gegensatz zu diesen gestellt werden sollten.

Eine Gefahr der Verwechslung der beiden Arten der Ermächtigung liegt nicht vor. Diese ist eigentlich nur denkbar zwischen der Gläubigerermächtigung und der aktiven Wahlobligation. Es ist nicht zu verkennen, daß weder der Wortlaut des Vertrages noch der des Gesetzes immer einen festen Anhalt zur Unterscheidung bietet. Pescatore gibt dafür ein sehr gutes Beispiel[1]): Auf deutschen Rundreisefahrkarten heißt es: „die Scheine müssen in der Reihenfolge, in welcher sie in das Heft eingefügt sind, benutzt werden, wobei auch mit dem letzten Scheine begonnen werden kann." Dagegen heißt es bei den italienischen biglietti circolari combinati: „Per i biglietti con l'itinerario circulare il viaggio può intraprendersi nell'una o nell'altra direzione, a volontà del viaggiatore." Richtig bemerkt Pescatore, daß beide Formulierungen auf dasselbe hinauslaufen sollen. Es liegt schwerlich in der Absicht der deutschen Bahnverwaltung, dem Reisenden eine Gläubigerermächtigung einzuräumen, während die italienische etwa ein Wahlschuldverhältnis begründen will, worauf der bloße Wortlaut einen Schluß zulassen könnte. Hier wird auch mit dem Grundsatz, daß nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche Wille zu erforschen ist (§ 133 BGB.), kein Resultat zu erzielen sein, da beiden Parteien in beiden Fällen ganz gleichgültig gewesen sein dürfte, ob die Formulierung so oder so war, und ob dem Reisenden Rechte der Ermächtigung oder der Wahlobligation zustehen sollten. Bei einer Rundreisekarte, die durch Italien und Deutschland führt, wird man sogar beide Formulierungen finden. Die Beobachtung, daß in concreto eine Entscheidung nur schwer getroffen werden kann, ob eine Wahlschuld oder Wahlermächtigung anzunehmen ist, berechtigt jedoch nicht, den begrifflichen Unterschied von Rechtsinstituten zu leugnen, oder etwa zu sagen: „Da der Sammelname Wahlschuld so bunt zusammengewürfelte Rechtsverhältnisse umfasse, könne es auf ein bischen mehr oder weniger Verschiedenheit

---

[1]) Pescatore (1905) S. 278.

im einzelnen wirklich nicht ankommen.“ [1]) Die Betrachtung eines Rechtsinstitutes muß die Summe der bei demselben möglichen juristischen und wirtschaftlichen Interessen in ihrer höchsten Potenz berücksichtigen. Der Umstand, daß die Parteien, wenn sie wollen, von einem nicht ausgeübten Recht, von einer nicht erfüllten Pflicht kein Aufhebens zu machen brauchen, ist für die Beurteilung des Rechtsinstitutes in abstracto gleichgültig.

4. Die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses mit Gläubigerermächtigung.

In zahlreichen Monographien wird eine Meinung vertreten, die besonders folgenden scharfen Gegensatz der Gläubigerermächtigung zur aktiven Wahlschuld hervorhebt. Während bei dieser ein einheitliches Schuldverhältnis vorliege, soll es sich bei jener um mehrere Obligationen handeln. [2])

Früher war eine große Streitfrage, ob es sich bei der Wahlschuld um ein einheitliches Schuldverhältnis handelt, oder ob mehrere Schuldverhältnisse vorliegen, so daß die Bezeichnung „Wahlschuld“ ungenau wäre. Die Geschichte der §§ 262 ff. BGB. läßt erkennen, daß der Gesetzgeber den Standpunkt vertritt, daß es sich bei der Wahlschuld nur um ein Schuldverhältnis handelt. Der Entwurf 1 § 207 lautete: „Ist ein Schuldverhältnis auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist.“ Auch der jetzige § 265 BGB. sagt: „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen.“ Daß die Wahlschuld ein einheitliches Schuldverhältnis ist, ist auch in der neueren Literatur fast allgemein anerkannt. [3])

---

[1]) Pescatore (1905) S. 279.

[2]) Über den Unterschied: Mehrere Schuldverhältnisse (Obligationen), dagegen: ein Schuldverhältnis, mehrere Ansprüche umfassend, vgl. unt. S. 15 ff.

[3]) Regelsberger S. 167; Litten S. 29; Dernburg Bd. 2. S. 97; Staudinger Bd. 2 1 S. 51; Neumann Bd. 1 S. 139; Planck Bd. 2 1 S. 46; Rehbein Bd. 2 S. 72; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 306.

Die Entscheidung der Frage, ob es sich bei Vorliegen der Gläubigerermächtigung um eine oder mehrere Obligationen handelt, muß weitgehende praktische Folgen nach sich ziehen: Nach § 139 BGB. ist, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Nimmt man das Bestehen zweier Obligationen an, so braucht durch die Nichtigkeit der einen der Bestand der andern nicht berührt zu werden. Wenn zwei Obligationen vorliegen, muß in dem Fall, wo die primär geschuldete Leistung ursprünglich unmöglich ist, das Bestehen einer durch den Willen des Gläubigers bedingten Verpflichtung auf die Eventualleistung angenommen werden.[1]) Wenn auch ein Rechtsgeschäft mehrere Schuldverhältnisse begründen kann, so brauchen doch nicht, wenn ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, die durch dieses entstandenen Schuldverhältnisse sämtlich nichtig zu werden, sondern es wäre in jedem Falle in bezug auf jedes der Schuldverhältnisse zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Insbesondere könnte daher bei Annahme des Vorliegens zweier Obligationen bei der Gläubigerermächtigung nach Anfechtungsklage wegen Irrtums — der Irrtum kann für die eine Obligation erheblich, für die andere unerheblich sein —, die eine Obligation nichtig sein, die andere dagegen nicht. „Denn was geht diese Obligation das Schicksal der anderen an?“ [2])

Regelsberger, der als erster über die Konstruktion der Gläubigerermächtigung geschrieben hat, hat sie als Rechtsverhältnis, bestehend aus zwei Obligationen dargestellt. Regelsberger geht vom Gegensatz zur Alternativobligation aus: „Bei der alternativen Obligation liegt nur eine Obligation vor mit Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes. Bei dem Rechtsverhältnis mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers treten zwei Obligationen heraus, jede mit einem bestimmten Leistungsgegenstand. Von beiden Obligationen kann jedoch nur eine vorhanden

---

[1]) Litten S. 99.
[2]) Litten B. 99.

sein. Die zunächst entstehende, primäre Obligation erlischt, sobald sich der Gläubiger für die zweite eventuelle entschieden hat.“ [1]) Jede dieser Obligationen wird von der anderen insofern abhängig gemacht, als derselbe Umstand, der die eine Obligation zur Entstehung bringt, die andere erlöschen läßt. Die primäre Obligation soll bis zur Entscheidung resolutiv, die eventuelle suspensiv bedingt sein. [2]) Daß es sich bei der Gäubigerermächtigung um zwei Obligationen handele, ist auch später mehrfach behauptet worden. [3])

Es ist zuzugeben, daß diese Auffassung an sich auch brauchbare Resultate liefert. Es fragt sich aber, ob sie nicht konstruktionell Anlaß zu erheblichen Bedenken bietet, insbesondere auch, ob sie theoretisch alle Fälle der Gläubigerermächtigung umfassen kann; denn aus Regelsbergers Konstruktion folgt notwendig das praktische Resultat, das bei eintretender Unmögkeit der Schuldner nicht frei wird. Die Fälle, in denen die Ermächtigung nur dem Wahlzweck dienen soll, passen also unter diese Definitionen nicht.

Regelsberger selbst von „dem Rechtsverhältnis“, aus dem die beiden Obligationen hervorgehen sollen. Mit Recht wird darauf hingewiesen, [4]) daß die Gefahr sehr nahe liegt, bei einem Rechtsverhältnis, aus dem mehrere „Ansprüche“ entstehen, mehrere „Schuldverhältnisse“ anzunehmen. Es ist freilich möglich, daß aus einem Schuldverhältnis nur ein Anspruch hervorgeht, aber das wird in den seltensten Fällen so sein. Wer ein Auftrags-, Miet-, Pachtverhältnis, eingeht, wird eine ganze Reihe einzelner Ansprüche gegen sich, wie für sich entstehen lassen. [5]) Die „Leistung“, von der § 242 BGB. allgemein spricht, umfaßt die Summe der Einzelverpflichtungen. [6])

---

[1]) Regelsberger S. 167.

[2]) Regelsberger S. 167, 168.

[3]) Weitz S. 43; Dechamps S. 94; Pistory S. 11; Cannetta S. 29, 30; Pescatore (1905) S. 263; Hellwig S. 5, 39ff., 102 und Schollmeyer zu § 262 BGB.

[4]) Litten S. 10.

[5]) vgl. Stammler, Schuldverhältnisse S. 215.

[6]) vgl. Mitteis S. 23ff.

Beispielsweise hat auch der sogenannte Lizenzvertrag eine Summe von Einzelverpflichtungen der verschiedensten Art zum Gegenstande: „A soll die Fabrik des B übernehmen und B's. Patent dort weiter verwenden; er verpflichtet sich, binnen drei Jahren eine zweite Fabrik zur Verwertung desselben Patentes zu erbauen. Bis zur Fertigstellung der zweiten Fabrik ist A verpflichtet 3 %, von da an 5 % des Reingewinns an B zu zahlen". Es würde schwerlich angängig sein, hier mehrere Schuldverhältnisse anzunehmen, so daß etwa auch bis zum Aufbau der zweiten Fabrik ein resolutiv bedingtes Schuldverhältnis auf Zahlung von 3 % des Reingewinns bestände, während bis dahin zugleich ein suspensiv bedingtes Schuldverhältnis auf Zahlung von 5 % des Reingewinns und außerdem noch ein Schuldverhältnis auf Fertigstellung der zweiten Fabrik bestände. Die sämtlichen Verpflichtungen des Lizenzvertrages gehören wirtschaftlich zusammen. Die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit muß in erster Linie der Maßstab sein, um zu ermessen, ob ein Rechtsverhältnis als unum negotium oder als aus mehreren Schuldverhältnissen bestehend anzusehen ist. Es ist nun sehr wohl denkbar, daß beim Vorliegen äußerlich genau derselben Ansprüche die Betrachtung der konkreten Fälle zu verschiedenen Resultaten führen kann.[1]) Das hat seinen einfachen Grund darin, daß in dieser Beziehung in concreto der wirtschaftliche Zweck der Parteien verschieden gewesen sein kann. „Man wird sagen müssen, daß ein einheitliches Schuldverhältnis dann vorliegt, wenn die Gesamtheit der rechtlichen Regelungen einem und demselben Bedürfnis dient, wenn also der Zweck ein einheitlicher ist."[2])

Schon in Regelsbergers eigner Konstruktion sind Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die Annahme eines einzigen Schuldverhältnisses richtig ist. Regelsberger sagt selbst, daß derselbe Umstand, der die Eventualobligation zur unbedingten macht, die Primärobligation aufhebt.[3]) Das wirtschaftliche Ab-

[1]) Litten S. 12.
[2]) Litten S. 12.
[3]) Regelsberger S. 168.

hängigkeitsverhältnis ist damit ohne weiteres gegeben. Die Parteien haben sich nur zu einem „sozialen Zusammenwirken" verbunden. Auch dem Rechtsgefühl würde es nicht entsprechen, wenn durch die Nichtigkeit der einen Obligation der Bestand der anderen unter keinen Umständen berührt werden sollte. Auch das Wörtchen „anstatt", das für die Gläubigerermächtigung charakteristisch ist, weist darauf hin, daß die Eventualleistung mit der Primärleistung innig verquickt ist. Wenn Pescatore (1880) den von ihm als möglich angedeuteten Weg,[1]) auf das Wort „anstatt" besonderes Gewicht zu legen, und das Verhältnis als Obligation auf die Primärleistung mit gleichzeitiger Verpflichtung, sie eventuell gegen die Eventualleistung umzutauschen, aufzufassen, gegangen wäre, so hätte er schon damals zu dem Schluß kommen müssen, daß bei der Gläubigerermächtigung ein einziges Schuldverhältnis besteht.

In der neueren Literatur hat auch die Ansicht, daß es sich bei der Alternativermächtigung des Gläubigers nur um ein Schuldverhältnis handelt, mehr und mehr Platz gegriffen.[2])

5. Gegenstand des Schuldverhältnisses bis zur Ausübung der Ermächtigung.

Die Konstruktionen dieses Schuldverhältnisses mit Gläubigerermächtigung gehen freilich im einzelnen noch sehr auseinander. Die Verschiedenheiten resultieren wesentlich aus der verschiedenen Beantwortung der Fragen, ob nur die Primärleistung oder auch die Eventualleistung bis zur Entscheidung geschuldet wird. Die praktischen Konsequenzen der einen oder anderen Entscheidung sind augenfällig: Ist die Eventualleistung nicht geschuldet, so kann der Schuldner für das Vernichten derselben dem Gläubiger nicht haften, denn er zerstört ja eine ihm selbst gehörige Sache.[3]) — Der Gläubiger kann ferner nicht

[1]) vgl. im einzelnen unten S. 29.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 28; Planck II S. 47; Litten S. 11ff., 98ff.; Langheineken S. 202ff.; Zitelmann S. 509 u. a.

[3]) Über die Frage, ob der Schuldner haftet, indem er ja zugleich das Wahlrecht selbst beeinträchtigt, siehe unten S. 43.

auf die Eventualleistung — verbunden mit der Klage auf die Primärleistung — klagen, wenn sie ihm nicht geschuldet wird. Diese Fragen sind natürlich ganz anders zu entscheiden, wenn beide Leistungen geschuldet werden.

Da Regelsberger von zwei Obligationen spricht, so mußte er auch zum Schluß kommen, daß bis zur Entscheidung beide Leistungen geschuldet werden.[1]) In Regelsbergers Schrift findet sich nun ein Ausdruck, der mit dieser Auffassung nicht in Einklang gebracht werden kann. Er kleidet nämlich den Gegensatz der Schuldnerermächtigung und Gläubigerermächtigung in die Worte: „Es besteht ein rechtlicher Zwang dort zur Annahme, hier zur Hingabe an Erfüllungsstatt.“ Fast sämtliche Schriftsteller[2]) haben den Kampf gegen Regelsbergers Theorie gerade hier begonnen. Es unterliegt freilich keinem Zweifel, „daß eine Hingabe an Erfüllungsstatt nur so lange denkbar ist, als es eben etwas zu erfüllen gibt.“[3]) Dann braucht der Schuldner, wenn die Primärleistung kasuell unmöglich wird, die Eventualleistung nicht mehr zu geben. Und das widerspricht offenbar Regelsbergers ausdrücklichen Ausführungen darüber. Es ist aber beachtenswert, daß Regelsberger seinem Bilde vom „rechtlichen Zwange zur Hingabe an Erfüllungsstatt“ den Satz hinzufügte: „Nur wird das juristische Wesen des Verhältnisses damit nicht weiter aufgeklärt.“ Wenn auch zuzugeben ist, daß dieser Vergleich hinkte, so muß ein von hier gegen Regelsberger unternommener Angriff als fehlgeschlagen angesehen werden, denn die ganzen übrigen Darlegungen von ihm beweisen, daß er auf dieses flüchtige Bild gar keinen Wert gelegt hat. Und wenn man von diesem mißlungenen Wortspiel absieht, so kann man nicht umhin, die Theorie Regelsbergers als durchaus einheitlich anzuerkennen.

---

[1]) Regelsberger S. 167; ebenso Pistory S. 10 ff.; Canetta S. 29 ff. Ryck Bd. 2 S. 258 ff.; Langheineken S. 201 ff.; Hellwig S. 101 ff.; Weitz S. 37; Schenke S. 51; Schollmeyer, Vorbemerkung zu § 262 BGB.

[2]) Pescatore (1880) S. 270; Chamizer S. 79 ff.; Weitz S. 39; Litten S. 98 ff., auch Pescatore (1905) S. 258 ff. u. a.

[3]) Pescatore l. c.

Diejenigen Schriftsteller, die bei der Gläubigerermächtigung zwei Schuldverhältnisse annahmen, mußten notgedrungen auch alle zu dem Schluß kommen, daß beide Leistungen bis zur Entscheidung geschuldet werden. Denn ein Schuldverhältnis, in dem dem Gläubiger kein Anspruch zusteht, ist nicht denkbar; in jedem Schuldverhältnis muß die Leistung zum wenigsten aufschiebend bedingt geschuldet sein.

Man könnte nun auch das einfache Schuldverhältnis mit Gläubigerermächtigung so auffassen, daß bis zur Entscheidung auch die Eventualleistung aufschiebend bedingt geschuldet wird. Pescatore (1905) hat, weil Langheineken[1]) ihn (wegen seiner Schrift von 1880) unter diejenigen Schriftsteller einrangiert habe, welche ohne Annahme von Bedingungen nicht auszukommen vermögen, diesen derb zurecht gewiesen.[2]) Und doch findet sich in seiner Schrift von 1880 wörtlich der Passus[3]): „Die Rechtsverhältnisse, welche Regelsberger als Alternativermächtigungen des Gläubigers bezeichnet, sind in Wahrheit sogenannte alternative Obligationen mit Wahl des Gläubigers, bei welchen die eine Alternative bedingt, die andere unbedingt gelassen ist.“ Und wenn Pescatore ihn weiter darauf hinweist, daß auf den folgenden Seiten erörtert werde, daß keiner der Ansprüche bedingt sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß diese Ausführungen (S. 277 ff.) nur einen Weg[4]) als möglich gewiesen haben, den er aber selbst noch nicht gegangen ist. Dies ist nicht seine Konstruktion — diese ist schon vorher[5]) klar zum Ausdruck gebracht —, sondern nur eine Idee. — In seiner Abhandlung von 1905 bestreitet Pescatore das Vorhandensein von Bedingungen bei der Gläubigerermächtigung,[6]) und es ist sein Verdienst, der Frage näher getreten zu sein, ob man hier ohne Bedingungen auskommen kann.

---

[1]) S. 202 Anm. 4.
[2]) Pescatore (1905) S. 263 Anm. 7.
[3]) Pescatore (1880) S. 274 oben.
[4]) vgl. S. 21 f.
[5]) Pescatore (1880) S. 274.
[6]) Pescatore (1905) S. 260 ff.

Eine Definition der Bedingung ist im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht enthalten.

Das Wort „Bedingung“ tritt in verschiedener Bedeutung auf. „Im weiteren Sinne bezeichnet der Ausdruck jede bei einem Rechtsgeschäft getroffene Bestimmung.“ [1])

Im engeren, juristischen Sinne dagegen ist Bedingung „die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die als gewollt bezeichnete rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle, und zwar wird sowohl diese Bestimmung selbst, als der Umstand, auf welchen sie gestellt ist, Bedingung genannt.“ [2])

Erforderlich ist vor allem, daß der Eintritt des betreffenden Umstandes objektiv ungewiß ist. Es ist nun unzweifelhaft, daß es eine objektiv ungewisse Tatsache ist, ob der Gläubiger die Eventualleistung verlangen wird. Daß also der Umstand: „Wenn der Gläubiger die Eventualleistung verlangt,“ juristisch als Bedingung konstruiert werden d a r f, unterliegt keinem Zweifel.

Damit ist aber noch nicht erwiesen, daß, wenn auch der Eventualanspruch durch die Wahl des Gläubigers als unbedingter ins Leben tritt, die Eventualleistung bis dahin bedingt geschuldet wurde. Wann der Anspruch entstanden ist — actio nata —, ist daraus nicht zu ersehen.

Ein Beispiel mag das erläutern: „Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenen Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.“ Der Umstand, daß die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, kann zweifellos als Bedingung angesehen werden. Und doch wird niemand darauf verfallen, zu sagen, daß von vornherein aus dem Vertrage für den Gläubiger ein Anspruch auf Erfüllung und ein aufschiebend bedingter Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestehe, so daß

---

[1] u. [2]) W i n d s c h e i d Bd. 1 S. 384 ff. Darauf, daß es sich nicht eigentlich um eine Hinzufügung sondern um einen Bestandteil der Willenserklärung handelt, soll hier nicht eingegangen werden.

etwa sogleich mit der Klage auf Erfüllung die Klage auf künftigen Schadensersatz verbunden werden könnte.

Die Möglichkeit, eine Handlung, ein Ereignis als Bedingung zu konstruieren, beweist demnach nicht, daß der Anspruch, der durch die Vornahme der Handlung, durch Eintritt des Ereignisses ins Leben tritt, bisher ein suspensiv bedingtes Dasein geführt hat.

Es empfiehlt sich daher, den von Pescatore (1880) als möglich gewiesenen Weg, die Gläubigerermächtigung „als Obligation auf A aufzufassen, mit gleichzeitiger Verpflichtung A eventuell gegen B umzutauschen, mehr ins Auge zu fassen.“ In diesem Falle liegt eine Selbstbeschränkung des Schuldners bei Abschluß des Vertrages vor; ein Anspruch auf die Eventualleistung besteht dann für den Gläubiger bei Abschluß des Vertrages noch nicht; dem Gläubiger ist nur das Recht vorbehalten, die Eventualleistung später zum Gegenstand des Schuldverhältnisses zu machen. Diese Konstruktion hat sehr viel bestechendes, aber sie faßt den Begriff der Gläubigerermächtigung zu eng: wenn die Primärleistung untergeht, so ist nach dieser Konstruktion nichts mehr da, was der Gläubiger umtauschen könnte. Und das entspricht, wie aus der Betrachtung der Zwecke der Gläubigerermächtigung ohne weiteres erhellt, dem Parteiwillen und dem Willen des Gesetzgebers nicht unter allen Umständen.

Es scheint aber auch nicht unbedingtes Erfordernis zu sein, die Gläubigerermächtigung gerade auf dem Recht des Gläubigers zum „Umtausch“ aufzubauen. Man wird einfach sagen können: es genügt die allgemeine Feststellung, daß durch Einräumung der Gläubigerermächtigung seine sonstigen Rechte erweitert sind; grundsätzlich ist die Veränderung eines Vertrages nur zulässig unter Mitwirkung beider Parteien. Bei der Gläubigerermächtigung hat der Schuldner sich dieses Recht selbst verkürzt: er hat dem Gläubiger das Recht eingeräumt, den Inhalt des Vertrages ohne des Schuldners Mitwirken zu verändern. Und das ist etwas wesentlich verschiedenes von der Konstruktion mit Umtauschpflicht des Schuldners. Bei dieser werden Resultate, die sich erst aus der Abwägung der

Parteiinteressen ergeben können, vorweggenommen und als dem Begriff der Gläubigerermächtigung wesentlich hingestellt. Wie schon gesagt, ist hier bereits über die Frage entschieden, wie das Rechtsverhältnis sich gestalten muß, wenn die Primärleistung kasuell unmöglich wird. Hält man jedoch daran fest, daß die Gläubigerermächtigung weiter nichts bedeutet, als das Recht des Gläubigers, den Inhalt des Vertrages ohne des Schuldners Mitwirken zu verändern, so ist darüber noch nichts entschieden, ob der Schuldner durch kasuelles Unmöglichwerden der Primärleistung frei wird. Die Einzelgestaltung des Rechtsverhältnisses kann sich erst aus der Berücksichtigung des jeweiligen Parteiwillens und Willens des Gesetzgebers ergeben!

Sicher ist nur, daß ein einfaches Schuldverhältnis mit dem Veränderungsrecht des Gläubigers entsteht. Daraus ergibt sich, daß bis zur Entscheidung des Schuldverhältnisses nur die Primärleistung geschuldet wird. Als durchaus zutreffend muß deshalb auch die Form bezeichnet werden, unter der Kipp von der Gläubigerermächtigung spricht. Er spricht hier von „den Fällen, in denen der Gläubiger berechtigt ist, statt des Geschuldeten etwas anderes zu verlangen".[1])

Diese Konstruktion wurzelt darin, daß die Ausübung der Wahl bei der Gläubigerermächtigung nicht als Bedingung aufgefaßt wird. Das schließt jedoch nicht aus, daß durch eine andere Weise im Einzelfall die Eventualleistung einmal auch vor ihrer Wahl suspensiv bedingt geschuldet sein kann. Und tatsächlich liefert ein gesetzlicher Fall hierfür ein treffliches Beispiel. § 339 BGB. bestimmt, daß die für den Fall der Nichterfüllung versprochene Strafe verwirkt ist, wenn der Schuldner in Verzug kommt. Leistet nun der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (§ 284 S. 1 BGB.). Von diesem Augenblick an ist also die

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 28 ff. Daß bei der Gläubigerermächtigung nur eine Leistung geschuldet wird, ist auch sonst in der Literatur von Chamizer S. 80 ff. Dechamps S. 59 ff. Leuchtenberger S. 7 ff.; Litten S. 97; Rehbein (1903) Bd. 2 S. 72 ff.; Planck Bd. 2 S. 47 u. a. anerkannt.

Vertragsstrafe geschuldet, aber nur suspensiv bedingt, denn von der Wahl des Gläubigers hängt es noch ab, ob er sie oder die Erfüllung verlangen wird (§ 340 BGB.).[1])

6. Charakter der Wahlrechts.

Das Schuldverhältnis trägt den Zweck seiner Erfüllung in sich. Bei der aktiven Wahlschuld bedarf es aber, damit sie überhaupt erfüllt werden kann, zunächst der Lösung der Objektspendenz durch Vornahme der Wahl des Gläubigers. Anders liegt es bei der Gläubigerermächtigung. Es ist bereits dargestellt worden, daß hier der Gegenstand, durch dessen Leistung das Schuldverhältnis erlischt, genau bestimmt ist; nur wenn der Gläubiger will, kann er den Schuldner zur Leistung der Eventualleistung zwingen. Es besteht keine Pflicht für den Gläubiger, noch ausdrücklich eine Wahl vorzunehmen. Nimmt er keine Wahl vor, so bleibt alles beim alten. Er hat also nur das Recht dazu.

Von besonderer Bedeutung ist die sehr umstrittene Frage, welche Wirkung der Gläubigerverzug auf sein Wahlrecht hat. Aus dem Fehlen der Objektspendenz bei der Gläubigerermächtigung ergibt sich, daß auch die Grundlagen des Gläubigerverzuges hier ganz andere sind, als bei der aktiven Wahlschuld. Bei dieser kommt, da zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, der Gläubiger durch wörtliches Angebot in Verzug (§ 295 BGB.). Bei der Gläubigerermächtigung liegt die Sache ganz anders. Wenn der Gläubiger auch nichts von sich verlauten läßt, daß er auf die Eventualleistung zu greifen gedenkt, muß ihm der Schuldner die Primärleistung bei Fälligkeit tatsächlich anbieten (§ 294 BGB.). Durch die Nichtannahme kommt dann der Gläubiger in Verzug, dagegen nicht dadurch, daß er keine Wahl vornimmt.[2])

---

[1]) Die Gestaltung im Prozeß vgl. unten S. 52 f.

[2]) Falsch: Titze S. 196 Anm. f.: „gerät der Gläubiger dadurch in Verzug, daß er die ihm zustehende Wahl nicht vornimmt“ usw.

Einige Schriftsteller[1]) wollen § 264 BGB. auf die Gläubigerermächtigung angewendet wissen: „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt." Das erscheint jedoch nicht zulässig. Für die Wahlschuld war eine solche Bestimmung, durch die der Gläubiger gezwungen werden kann, sein Wahlrecht bei Strafe des Überganges an den Schuldner auszuüben, notwendig. Denn bis zur Konzentration der Wahlschuld bleibt der Schuldner auf beide Leistungen verhaftet und kann, ehe die Wahl vorgenommen ist, nicht erfüllen. Es war deshalb zur Verhütung einer übermäßigen Belastung des Schuldners notwendig, ihm die Möglichkeit zu geben, die Konzentration der Wahlschuld gegenüber dem säumigen Gläubiger zu erzwingen. Ein solcher Grund liegt bei der Gläubigerermächtigung nicht vor. Nimmt der Gläubiger die Wahl nicht vor, so kann der Schuldner mit der Primärleistung erfüllen oder sonst gemäß §§ 372, 378, 383 ff. BGB. verfahren. In Rücksicht hierauf, sowie darauf, daß der Gläubiger durch ganz andere Tatsachen als bei der Wahlschuld in Verzug kommt, erscheint hier die Anwendung des § 264 Abs. 2 BGB. unzulässig.

Man[2]) hat sich auch auf § 1347 Abs. 2 BGB. gestützt, der tatsächlich eine ähnliche Bestimmung enthält, wie § 264 Abs. 2. „Der andere Ehegatte kann den berechtigten Ehegatten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er von dem Rechte Gebrauch mache. Das Recht kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist ausgeübt werden". Abgesehen davon, daß es stets bedenklich ist, von einem Einzelfall auf die Allgemeinheit eine Analogie zu ziehen, ist es in diesem Fall deshalb falsch, weil bei der in § 1347 Abs. 2 getroffenen Bestimmung ganz besondere Gründe vorliegen.

---

[1]) Pescatore (1905) S. 272 ff.; Titze S. 196; Chamizer S. 83; Dechamps S. 68; vgl. auch Neumann (zu § 262 Anm. 1).

[2]) Pescatore (1905) S. 272 ff.; Chamizer S. 83.

Es handelt sich hier um einen Fall der Gläubigerermächtigung, dessen möglichst schnelle Entscheidung wünschenswert ist. Es sind hier offenbar dieselben Erwägungen maßgebend gewesen, die zu der ausdrücklichen Bestimmung geführt haben, daß hier die durch Erklärung vorgenommene Wahl bindend sein solle.[1])

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, daß § 264 Abs. 2 BGB. und § 1347 Abs. 2 BGB. auf die Gläubigerermächtigung anwendbar sei, zeigt auch die Art und Weise, wie einzelne der genannten Schriftsteller diese Bestimmungen anwenden, indem sie nämlich willkürlich nur Teile von ihnen anwenden. Dechamps[2]) läßt das Wahlrecht untergehen, ohne daß der Schuldner ihm eine Frist zu setzen braucht. Da man sich ferner nicht vorstellen kann, in welcher Weise bei der Gläubigerermächtigung das Wahlrecht auf den Schuldner übergehen sollte, so kann auch Titze[3]) sich nur dadurch helfen, daß er das Wahlrecht untergehen läßt.

Das Recht, dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen, wird man also dem Schuldner nur zusprechen dürfen, wo es ihm gesetzlich oder vertraglich besonders eingeräumt ist. Das Wahlrecht des Gläubigers selbst wird durch seinen Verzug nicht berührt. Der Gläubigerverzug hat hier keine anderen Folgen als die gewöhnlichen. Die allgemeinen über den Gläubigerverzug geltenden Vorschriften bieten dem Schuldner hinreichend Schutz, um ihn vor Schaden zu bewahren.

Darüber, ob das Wahlrecht übertragbar ist, kann ein besonderes Prinzip nicht aufgestellt werden. Die Gläubigerermächtigung als ein höchstpersönliches Recht anzusehen, liegt kein Grund vor. Entscheidend sind die allgemeinen Bestimmungen §§ 413, 400 BGB., 852 ZPO.

---

[1]) vgl. unten S. 27.
[2]) S. 68.
[3]) S. 196.

7. Die Ausübung der Wahl.

Betreffend die Ausübung des Wahlrechts bestimmt für die Wahlschuld § 263 BGB. ausdrücklich: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.“ Für die Gläubigerermächtigung findet sich keine Bestimmung.

Man könnte an eine analoge Anwendung denken.

Die Vornahme der Wahl ist bei der Wahlschuld erforderlich, um die Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes zu heben. Der Gläubiger muß dem Schuldner auf irgend eine Weise zu erkennen geben, welche Leistung er wählt. Eine besondere Form für dieses Zuerkennengeben ist nicht bestimmt, denn das Gesetz verwendet das Wort „Erklärung“ gegenüber dem anderen Teile nicht in dem Sinne, daß mit Wort oder Schrift dem Gegner ausdrücklich die Vornahme der Wahl mitgeteilt werden müßte; wo dies beabsichtigt war, ist es auch im Gesetz hervorgehoben.[1]) „Erklärung“ ist mit dem im allgemeinen Teil in den §§ 116—144 abgehandelten „Willenserklärung“ gleichbedeutend.[2]) „Erklärung gegenüber dem anderen Teile“ heißt nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichts anderes, als: ihm erkennbar zu verstehen geben. Deshalb kann die Wahl bei der Wahlschuld auch durch schlüssige Handlungen, d. h. Handlungen, die nicht als ersten Zweck die Ausübung des Wahlrechts haben, sie aber mitenthalten, ausgeübt werden.[3])

Bei der Gläubigerermächtigung ist die Primärleistung fest bestimmt, nur eventuell tritt die Eventualleistung an ihre Stelle, sodaß von einer Notwendigkeit der Vornahme einer Wahl der Primärleistung keine Rede sein kann. Es wäre sinnlos, vom Gläubiger zu verlangen, er solle nach der bestimmten Vereinbarung des Leistungsgegenstandes noch mal erklären, er verlange diese Leistung, soweit dies nicht nach den allgemeinen Bestimmungen erforderlich ist, um den Schuldner in Verzug zu

---

[1]) vgl. z. B. § 48 HGB.: „Die Prokura kann nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter und nur mittels ausdrücklicher Erklärung erteilt werden.“

[2]) vgl. Planck Bd. 2,1 S. 48, Bd. 1,1 S. 203ff.

[3]) vgl. Litten S. 159.

setzen. Der Gläubiger kann aber dem Schuldner, auch wenn er die Veränderung des Schuldverhältnisses nicht vornehmen will, bekannt geben, daß er die Primärleistung verlange. Tut er dies, so kann hierin eine Wahlausübung, ein Verzicht auf die Eventualleistung liegen. Die Wahl — sofern man hier überhaupt davon sprechen will — erfolgt also auch hier durch Erklärung.

Soll dagegen die Eventualleistung geleistet werden, so muß vorher die Wahl des Gläubigers in einer für den Schuldner erkennbaren Weise, durch Erklärung gegenüber dem Schuldner erfolgen.

Die Analogie des § 263 Abs. 1 BGB. auf die Gläubigerermächtigung erscheint somit gerechtfertigt. Man hat noch aus einer anderen Bestimmung, nämlich § 1347 BGB., schließen wollen, daß bei der Gläubigerermächtigung die Wahl ebenfalls durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile vorzunehmen sei oder wenigstens genüge. In diesem Fall ist ausdrücklich bestimmt, daß durch die bloße Erklärung, die Eventualleistung zu verlangen, das Recht, die Primärleistung zu fordern, untergehe. Daß die Wahl durch Erklärung erfolgt, ist erforderlich, da auf andere Weise schlechterdings eine schleunige Lösung nicht herbeizuführen ist und diese ist sehr wünschenswert, denn die vermögensrechtliche Auseinandersetzung kann nur mit Schwierigkeiten erfolgen, da die Wirksamkeit der in der Zeit der Ehe getroffenen Verfügungen unter den Ehegatten[1]) davon abhängt, ob der berechtigte Ehegatte die Primär- oder die Eventualleistung verlangt. Der Gesetzgeber bezweckt, diesen Zustand auf möglichst einfache Weise zu beseitigen und nicht wieder verändern zu lassen. Er bestimmte deshalb, daß die einmal erfolgte Wahl bindend sein sollte; es war nur natürlich, daß er die Handlung, durch die die Wahl vorgenommen wird, selbst nannte. Daß die Wahl durch Erklärung erfolgen sollte, sollte nicht besonders hervorgehoben werden.

Dechamps will aus § 340 BGB. den Schluß herleiten, daß allgemein bei der Gläubigerermächtigung die Wahl durch Er-

[1]) vgl. § 1344 BGB.

klärung zu erfolgen habe.[1]) In § 340 heißt es: „Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.“ Dechamps führt aus, der Gesichtspunkt sei dabei der, „daß der Schuldner, der sich infolge der Erklärung darauf gerichtet habe, die Vertragsstrafe zu zahlen, unbillig belastet würde, wenn der Gläubiger hinterher kommen könnte und die Vertragserfüllung verlangen dürfte. Diese Erwägung sei aber für alle Eventualobligationen — wie Dechamps die Schuldverhältnisse mit Gläubigerermächtigung bezeichnet — maßgebend, und rechtfertige sich daher aus Rücksicht auf den nicht wahlberechtigten Schuldner die analoge Anwendung von § 340 BGB., soweit er sich auf die Ausübung des Wahlrechts beziehe, auf alle Eventualobligationen mit Gläubigerwahlrecht.“ Es ist aber eine petitio principii, wenn er allgemein von dem Schuldner spricht, der sich infolge der Erklärung des Gläubigers nicht mehr auf die Primärleistung einzurichten brauche und durch Rückgriff des Gläubigers auf diese unbillig belastet würde. Denn wie nachher zu zeigen sein wird, kann dem Gläubiger noch nach erfolgter Wahl ein Variationsrecht zustehen. Diese Rücksicht auf den Schuldner war wohl nur für den Satz bestimmend, daß nach der Wahl der Strafe der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen sein sollte. Es handelt sich aber auch hier nicht um ein Hervorheben, daß die Wahl durch Erklärung erfolgen sollte, sondern als die selbstverständliche Art der Wahlausübung wurde sie in den Gesetzestext aufgenommen, um überhaupt ausdrücken zu können, daß die einmal erfolgte Wahl hier bindend sein sollte.

Da jedoch schon die Analogie des § 263 Abs. 1 BGB. die Ansicht rechtfertigt, daß die Wahl bei der Gläubigerermächtigung durch Erklärung erfolgt, so braucht man in dieser Beziehung §§ 1347 und 340 BGB. nicht allgemein auf jede Gläubigerermächtigung anzuwenden, kann sie allerdings als Stützen der genannten Ansicht verwerten.

Es ist daher zu schließen: Wie bei der Wahlschuld, erfolgt bei der Gläubigerermächtigung die Wahl durch Erklärung gegen-

---

[1]) Dechamps S. 65ff.

über dem anderen Teile; wie dort, kann das Wahlrecht nicht nur durch ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssige Handlungen ausgeübt werden.

Zur Annahme von Teilleistungen ist der Gläubiger grundsätzlich nicht verpflichtet (§ 266 BGB.). Aber die angenommene Teilleistung tilgt die Verbindlichkeit zum bestimmten Teil. So die allgemeine Regel. Bei Rechtsverhältnissen mit Gläubigerermächtigung wird in der Annahme einer Teilleistung eine Wahlausübung ebenfalls zu finden sein,[1]) denn die Annahme einer Leistung ist die gängigste schlüssige Handlung, in der der Gläubiger zu erkennen gibt, daß er die angebotene Leistung annehmen wolle, also „wähle".[2])

Eine besondere Stellung nimmt hier die Erhebung der Klage ein, je nachdem der Gläubiger auf die Primär- oder auf die Eventualleistung klagt. Denn auch wenn der Wahlzweck zugrunde liegt, wird nicht immer festzustellen sein, daß in der Erhebung der Klage auf die Primärleistung eine Ausübung des Wahlrechts enthalten ist.[3]) Der Gläubiger hat vielleicht noch gar nicht Zeit gehabt, sich zu überlegen, welche Leistung er wählen will, wird aber dadurch zur Klageerhebung genötigt, daß die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen (§ 259 ZPO.). Auch z. B. im Fall des § 340 BGB. kann in der Erhebung der Klage auf die Primärleistung eine Ausübung des Wahlrechts, resp. ein Verzicht auf die etwaige Geltendmachung des Eventualanspruchs nicht gesehen werden. Der Schuldner hat die Vertragsstrafe für den Fall versprochen, daß er nicht erfüllen wird, und es kann nur der Sachlage entsprechen, daß der Gläubiger seinen Anspruch auf Erfüllung zunächst durchzusetzen versucht. Hat der Gläubiger auf die Primärleistung Klage erhoben, so wird man also eine allgemeine Regel darüber, ob darin ein Verzicht auf die Eventualleistung enthalten ist, nicht aufstellen können. Dagegen ist die Klage auf die Eventualleistung in jedem Falle als Wahlausübung aufzufassen.

---

[1]) Siber S. 65.
[2]) Weitz S. 67.
[3]) vgl. auch Hellwig S. 110.

8. Das Variationsrecht des Gläubigers.

Mit der Frage nach der Art der Ausübung des Wahlrechts hängt die Frage eng zusammen, ob die einmal erfolgte Wahl für den Gläubiger bindend ist.

Und es wird im folgenden zu zeigen sein, daß die Wirkungen der Wahl bei der Gläubigerermächtigung und bei der Wahlschuld sehr verschieden sind. Bei der Wahlschuld wird durch die Wahl das Schuldverhältnis vereinfacht. Für sie bestimmt § 263, 2 BGB.: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete." An einer solchen Fiktion fehlt es für die Gläubigerermächtigung. Nur für einzelne Fälle hat der Gesetzgeber eine verwandte Bestimmung getroffen, so in §§ 340, 1347 BGB., wo gesagt ist, daß nach der Wahl einer Leistung der Anspruch auf die andere Leistung ausgeschlossen sein soll.

Die Schriftsteller sind hier zu den verschiedensten Ergebnissen gekommen:

Regelsberger[1]) kommt zu dem Ergebnis, daß „die einmal erklärte Entscheidung gegen den Willen des Verpflichteten nicht zurückgenommen werden kann, es müßte dann ersichtlich diese Befugnis dem Gläubiger in einem umfänglicheren Sinne eingeräumt worden sein".

Chamizer sagt[2]): „Während die Wahl der Ersatzleistung regelmäßig bindend ist — denn durch diese Wahl erschöpft der Gläubiger seine Ersetzungsbefugnis — lassen sich allgemeine Regeln darüber, ob auch die Wahl der Hauptleistung bindend ist, und wie lange dem Gläubiger die Wahl zusteht, nicht aufstellen; alles dies bestimmt sich je nach dem einzelnen Falle."

Langheineken[3]) sagt: „nicht schon die Wahl der primären Leistung, sondern erst die Durchführung des primären Anspruchs schließt den sekundären Anspruch aus".

Titze[4]) führt aus: „Es wäre unbillig, das jus variandi des

---

[1]) Regelsberger S. 175.
[2]) Chamizer S. 81.
[3]) Langheineken S. 212.
[4]) Titze S. 196 Anm. 1.

Wahlberechtigten bereits mit der Wahlerklärung erlöschen zu lassen“ mit der Begründung, daß das die mißliche Folge hätte, daß, wenn die Wahl des Gläubigers auf den nur in solutione befindlichen Gegenstand fiele, und dieser nachher durch Zufall unterginge, der Schuldner von jeder Leistungspflicht frei wäre, obwohl der eigentliche Gegenstand des Schuldverhältnisses recht wohl geleistet werden könnte. Hingegen müsse das jus variandi zweifellos erlöschen, sobald die gewählte Befugnis realisiert sei, sobald also der wahlberechtigte Gläubiger die gewählte Leistung angenommen habe.

Dechamps[1]) will in Erweiterung des § 340 BGB. allen Wahlerklärungen, die auf die Eventualleistung gehen, in sämtlichen Fällen der aktiven Wahlermächtigung endgültige Wirkung beigelegt wissen. Im übrigen behauptet er: selbst wenn der wahlberechtigte Gläubiger die Erklärung abgebe, er „wähle“ die primäre Leistung, so sei dies dennoch irrelevant und führe die Entscheidung nicht herbei.

Hellwig sagt,[2]) „das Verlangen der Ersatzleistung sei, wie § 340 Abs. 1 Satz 2 exemplifikativ bestimme, bindend, wenn es unbedingt gestellt sei“.

Weitz[3]) lehnt grundsätzlich die Annahme einer bindenden Wirkung der Wahlerklärung ab, indem er darauf hinweist, daß in einigen gesetzlichen Fällen der einmal ausgeübten Wahl ausdrücklich bindende Kraft beigelegt werde, und eine Verallgemeinerung dieser Sonderbestimmung bedenklich sei; denn wolle man diese zulassen, so wären die Vorschriften in diesem Paragraphen überflüssig.

Neumann[4]) sagt kurz, „die Vorschriften über Wahlobligation bezüglich der bindenden Ausübung des Wahlrechts seien im allgemeinen auf die facultas alternativa entprechend anwendbar“.

„Vielleicht hat sich einer größeren Annäherung der Meinungen der Fehler entgegengestellt, daß die Frage zu allgemein be-

---

[1]) Dechamps S. 65, 85.
[2]) Hellwig S. 103.
[3]) Weitz S. 92.
[4]) Neumann, Handausgabe z. BGB. Bd. 1 Anm. zu § 262.

trachtet und beantwortet wurde.“ [1]) — „Toute généralisation est un mensonge.“ [1])

Zutreffend sagt Kipp [2]): „Wenn der Gläubiger statt des Geschuldeten etwas anderes verlangen kann, unterliegt es besonderen Vorschriften, durch welche Erklärungen er sich des Rechts auf das Geschuldete oder das andere beraubt.“ In den gesetzlichen Fällen muß sich das aus dem Sinn der Bestimmung, in den vertraglichen Fällen aus den Parteizwecken ergeben. Und wenn man die bereits besprochenen Zwecke vor Augen hält, so ergibt sich als die natürlichste Konsequenz:

Wenn dem Gläubiger nur Zeit zur Überlegung gelassen werden sollte, so spricht die Vermutung dafür, daß durch die einmalige ordnungsmäßige Ausübung der Wahl das Wahlrecht untergeht. Durch Vornahme der Wahl gibt der Gläubiger zu erkennen, daß er sich überlegt hat, welche Leistung zur Erfüllung des Schuldverhältnisses dienen soll. Man wird hier die Wahl der Eventualleistung stets als bindend ansehen müssen. Bezüglich der primären Leistung ist diese Regel jedoch nicht allgemein durchführbar. Es wird z. B. nicht zu bezweifeln sein, daß im Fall des § 340 BGB. der Gläubiger, der Erfüllung verlangt, des Rechts, event. die Vertragsstrafe zu fordern, nicht verlustig gehen kann.[3]) Ist dagegen die Vertragsstrafe verlangt, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Wenn dem Gläubiger größere Sicherheit gewährt werden sollte, so kann die erfolgte Wahl nicht bindend sein. Der Gläubiger kann eintretendenfalls noch die vorher nicht gewählte Leistung vorziehen. Der Zweck der Gläubigerermächtigung ist hier nicht eher erfüllt, als bis der Gläubiger befriedigt ist. Dieser sollte eine größere Garantie dafür haben, daß er befriedigt wird, und das würde nicht erreicht werden, wenn der Gläubiger nach Wahl einer Leistung an diesen Anspruch stets gebunden wäre. Sei es, daß der Gläubiger die primäre oder die Eventualleistung verlangt hatte, kann er möglicherweise

---

[1]) Regelsberger S. 171 f.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 29; vgl. Weitz und Chamizer l c.

[3]) vgl. S. 29.

noch auf die bisher nicht gewählte Leistung greifen. Der Gläubiger kann aber, selbst wenn der Versicherungszweck zugrunde liegt, nicht in jedem Fall ohne weiteres seinen Sinn ändern und die Variation vornehmen. Das ergibt schon die Bezeichnung des Zwecks der Ermächtigung als Versicherungszweck. Es würde einen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben bedeuten, wenn der Gläubiger variiert, ohne daß ein Grund besteht, der aus diesem Zweck entspringt. Die Variation ist nur zulässig, wenn die Durchführung des schon gewählten Anspruchs nicht zur Befriedigung des Gläubigers führt. Im Prozeß müßte daher der Gläubiger, der sein Variationsrecht geltend macht, beweisen, daß der gewählte Anspruch zu seiner Befriedigung nicht führt, und daß die Variation zur Wahrung der ihm eingeräumten Sicherheit erforderlich ist. Der Hauptfall wird der sein, daß die gewählte Leistung unmöglich geworden ist. Auch der Umstand kann in Betracht kommen, daß die von dem im Verzuge befindlichen Schuldner angenommene Teilzahlung für den Gläubiger kein Interesse hatte (§ 286 BGB). Daß das Variationsrecht, wenn der Sicherungszweck vorliegt, auch noch nach der Annahme einer Teilleistung geltend gemacht werden kann, ist nicht bestritten.

Im Fall des § 249 Abs. 2 kann daher der Gläubiger, auch wenn er Herstellung des früheren Zustandes verlangte, später doch auf den Geldanspruch greifen, wenn der erste Weg nicht zu seiner Befriedigung führen wird. Wenn die Vorschrift des § 250 BGB. nicht existierte, so würde der Gläubiger noch nach der Wahl des Geldersatzes auch statt dessen auf den Wiederherstellungsanspruch zurückgreifen können. Durch besondere gesetzliche Bestimmung ist hier im Interesse des Schuldners angeordnet, daß in dem Fall, daß der Gläubiger Geldersatz verlangt hat, der Wiederherstellungsanspruch nach Ablauf der gemäß § 250 BGB. gestellten Frist ausgeschlossen sein soll, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgte.

Für gewisse vertragliche Fälle findet sich noch ein Anhalt dafür, wann das Variationsrecht des Gläubigers verloren gehen soll. Es ist auffallend, daß in allen den Fällen der gesetzlichen Gläubigerermächtigung der Primäranspruch dann ausgeschlossen

sein soll, wenn der Gläubiger dem Schuldner zur Bewirkung derselben eine Frist gesetzt hat, und diese Frist, ohne daß der Schuldner die Primärleistung bewirkt hätte, abgelaufen ist.[1] Man wird daraus schließen dürfen, daß auch da, wo vertraglich die Setzung einer solchen Frist vereinbart ist, nach deren Ablauf in Analogie der gesetzlichen Fälle dieser Art der Anspruch auf die Primärleistung ausgeschlossen ist.

Auch in anderer Weise kann über des Variationsrecht bei Entstehung des Schuldverhältnisses Bestimmung getroffen sein. § 1347 Abs. 2 BGB. gibt dem Schuldner das Recht, den Gläubiger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Rechte, die Eventualleistung zu verlangen, Gebrauch mache. „Das Recht kann in diesem Falle nur bis zum Ablauf der Frist ausgeübt werden." Eine solche Bestimmung kann auch vertraglich getroffen werden.

Daß durch die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners in die primäre Leistung der Gläubiger des Variationsrechtes verlustig geht, kann nicht zur Regel gemacht werden.[2] Es ist bereits betont, daß es z. B. in der Natur der Sache liegt, daß in der auf Erfüllung erhobenen Klage ein Verzicht auf die Strafe nicht zu erblicken ist. Auch nach der Verurteilung des Schuldners auf Erfüllung kann der Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, die Strafe fordern.[3]

Wo der Sicherungszweck vorwaltet, ist es sogar natürlich, daß erst die Zwangsvollstreckung, die zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat, sein Variationsrecht erlöschen läßt.

Daß dem Gläubiger nach der völligen Annahme der Leistung ein Variationsrecht nicht mehr zusteht, ist unbestritten. Denn das Schuldverhältnis bezweckte entweder dem Gläubiger Zeit zur längeren Überlegung zu lassen, und diese Zeit kann

---

[1]) z. B. §§ 250, 283, 634 BGB.

[2]) Es sei denn, daß über das Variationsrecht mitentschieden ist. Denn „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist" (§ 322 Abs. 1 ZPO.).

[3]) vgl. S. 32.

naturgemäß nicht über den Zeitpunkt der Annahme einer der Leistungen ausgedehnt werden. Oder die größere Sicherheit des Gläubigers war bezweckt, und dieser Zweck ist offenbar erfüllt, sobald der Gläubiger eine Leistung erhalten hat. Das Schuldverhältnis ist erfüllt und erloschen. Damit ist auch das Variationsrecht des Gläubigers verloren.

Dem Schuldner steht, wenn er schon eine Teilleistung bewirkt hatte, gegen den variirenden Gläubiger auf Rückgabe des Geleisteten ein fälliger Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 zu und kann, da er den Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis herleitet, dem Gläubiger gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht an der nunmehr gewählten Leistung geltend machen (§ 273 BGB.).

9. Die Erfüllung.

Das Schuldverhältnis soll durch Erfüllung untergehen. Die ordnungsmäßige Hingabe der Primärleistung ist unstreitig eine Erfüllung. Streit hat sich darüber erhoben, wie die Gestaltung des Schuldverhältnisses mit Gläubigerermächtigung zu denken ist, wenn die Eventualleistung gegeben wird.

Regelsberger[1]) hatte ausgeführt: „Es besteht bei der facultas alternativa des Schuldners ein rechtlicher Zwang zur Annahme, bei der des Gläubigers zur Hingabe an Erfüllungsstatt“. Es soll sich also hier um „eine mit Einwilligung des Gläubigers behufs Tilgung des obligatio erfolgende Leistung eines anderen als des wirklich geschuldeten Gegenstandes, anstatt der letzteren“ handeln.[2]) Weitz[3]) greift bei der Behandlung der Frage auf Regelsberger zurück und behauptet auch, daß es sich beim Leisten des Eventualgegenstandes um eine Hingabe an Erfüllungstatt handelt. Er sucht das zu beweisen mit dem Satz[4]): „Bei der facultas alternativa des

[1]) S. 166.
[2]) Römer S. 3.
[3]) S. 44ff.
[4]) S. 49.

Gläubigers ist die Einwilligung des Gläubigers ja immer vorhanden, wenn dieser statt des geschuldeten den nicht geschuldeten Gegenstand fordert.“ Diese Konstruktion ist jedoch unrichtig, denn einen „nicht geschuldeten“ Gegenstand gibt es bei der Gläubigerermächtigung nicht, nachdem er gefordert ist, und widerspricht auch seiner S. 35 ff. dargelegten Auffassung dieses Rechtsverhältnisses. Esist schon vorher darauf hingewiesen, daß Regelsbergers Behauptung, die Gläubigerermächtigung enthalte einen Zwang zur Hingabe an Erfüllungs Statt, mit seinen übrigen Ausführungen nicht im Einklang steht, daß er hierauf aber auch gar kein Gewicht gelegt hat.[1]) Bei der Annahme von zwei Obligationen war für eine Hingabe an Erfüllungs Statt kein Raum. Zutreffend sagt auch Siber[2]), daß hier nicht ein Leistungsgegenstand in solutione sei, und daß die Bezeichnung „Lösungsbefugnis“ für die Gläubigerermächtigung nicht passe.

Bei der hier vertretenen Auffassung des Wesens der Gläubigerermächtigung ist ebenfalls für eine Hingabe an Erfüllungs Statt kein Raum. Denn, wenn der Gläubiger die Eventualleistung verlangt, wird sie Gegenstand des Schuldverhältnisses; wird sie dann gegeben, so ist diese Handlung eine Erfüllung, genau wie die Hingabe der Primärleistung eine Erfüllung ist.

10. Die Einwirkung des Irrtums.

Ein besonderes Interesse verdient die Gestaltung der Gläubigerermächtigung, wenn eine der Parteien eine Willenserklärung im Irrtum abgegeben hat. Insbesondere wird es oft schwierig sein, aus dem Wortlaut des Vertrages mit Sicherheit darüber Bestimmung zu treffen, welche Wirkung dieser oder jener ausdrücklichen Erklärung oder schlüssigen Handlung, in der das Verlangen einer Leistung enthalten ist, beizumessen ist; — es werden hier Fälle vorkommen, in denen die §§ 154, 155 BGB. Anwendung finden müssen und möglicherweise auch § 139 BGB.

[1]) vgl. S. 18.
[2]) S. 64 Anm. 2.

Es ist freilich im Rechtsverkehr nicht wünschenswert, daß bereits geschlossene Verträge später als von Anfang an nichtig anzusehen sind, aber gerade bei der Gläubigerermächtigung kann der ganze Vertrag in der Frage gipfeln, wann und durch welche Handlung der Gläubiger seines Wahlrechts verlustig geht. Diese Fälle des Irrtums bereiten aber bei der Gläubigerermächtigung keine besonderen Schwierigkeiten.

Auch die Fälle, in denen die eine Partei gemäß § 119 ihre beim Abschluß des Vertrages abgegebenen Erklärungen anficht, bereiten keine Schwierigkeiten.

Nähere Betrachtung verdient die innere Gestaltung des Rechtsverhältnisses, wenn der Gläubiger bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses sich in einem erheblichen Irrtum befand, insbesondere bei der ausdrücklichen Wahl der Primär- oder der Eventualleistung bei der Annahme einer Teil- oder der ganzen Leistung. Dieser Irrtum wird in der Regel die Unkenntnis des Gläubigers über sein Wahlrecht sein.[1]) Ob der Irrtum erheblich ist, hängt vom konkreten Fall ab. Eine allgemeine Bestimmung läßt sich bei der Vielgestaltigkeit der Fälle nicht geben. „In den Fällen, in denen der Gläubiger statt des geschuldeten etwas anderes verlangen kann, muß von Fall zu Fall untersucht werden, ob, wenn er in Unkenntnis dieses Rechts Erfüllung angenommen hat, er auf jenes Recht noch zurückkommen kann.“[2]) Es scheiden bei Betrachtung dieses Irrtums alle die Fälle aus, in denen der Gläubiger durch einmalige Ausübung des Wahlrechts sein Variationsrecht nicht verliert und der Irrtum darin bestand, daß die Durchführung der gewählten Leistung nicht zu seiner Befriedigung führen würde. Nur die Fälle kommen in Betracht, in denen die erfolgte Wahl bindend ist. Wenn der Gläubiger sich bei dieser auch „erheblich“ irrte, gilt zunächst seine Willenserklärung „und der dieser nach objektivem Ermessen zu subintelligierende Wille, nicht etwa sein wahrer Wille. Denn der praktische Kern der Irrtumslehre

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 31; Weitz S. 73, 74; anders Pescatore (1905) S. 275.

[2]) Windscheid-Kipp l. c.

im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der, daß der Fehlredner zunächst an seinem Worte gehalten wird, und daher der Sinn gilt, den der Empfänger diesem Worte nach Lage der Sache beilegen durfte.[1]) Die Vornahme der Wahl ist eine Willenserklärung wie jede andere, und es ist unbedenklich, dem irrenden Gläubiger die im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches genannten Rechte (§ 119 und 121) zu gewähren.[2]) Dem Schuldner erwachsen die Rechte des § 122 BGB. Nach wirksamer Anfechtung gilt die erfolgte Wahl als nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB.). Solange die Leistung auch noch nicht zum Teil bewirkt war, werden die Rechte aus § 122 BGB. in der Regel im Anspruch auf Ersatz der bisher auf die gewählte Leistung gemachten Verwendungen bestehen, und der Schuldner hat wegen ihrer ein Zurückbehaltungsrecht an der nunmehr noch geschuldeten Leistung nach § 273 BGB., da dieser Anspruch aus demselben Schuldverhältnis entspringt, aus dem der Gläubiger die Primärleistung verlangen kann.

Anders wird die Rechtslage, wenn die irrtümlich gewählte Leistung bereits teilweise geleistet ist. Die in der Annahme der Teilleistung liegende Wahl gilt nach der Anfechtung als nicht erfolgt. Dem Schuldner steht neben dem Recht des § 122 BGB. und § 273 BGB. die condictio indebiti nach § 812 BGB. zu. Er kann den geleisteten Teil zurückfordern und wegen dieses an der nun mehr vom Gläubiger der geforderten Leistung ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Umstrittener ist die Frage, ob nach Annahme der ganzen Leistung dem Gläubiger noch das Recht des § 119 BGB. zusteht.[3]) Weitz führt aus, durch Leistung des Primärgegenstandes sei das Schuldverhältnis erloschen,[4]) eine Anfechtung der Wahl könne nun nicht mehr erfolgen. Das ist aber eine Verkennung der Irrtumslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn er daraus, daß durch Erfüllung ein Schuldverhältnis

---

[1]) Litten S. 148.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 31.

[3]) Weitz S. 73; Langheineken S. 213; Windscheid-Kipp S. 31.

[4]) Weitz S. 71.

erlischt, schließen will, daß die zum Zwecke der Erfüllung erfolgte Hingabe der Leistung und die Annahme derselben nicht angefochten werden können. Es handelt sich auch hier um Willenserklärungen wie jede andere. Da die Irrtumslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs den anderen Teilen voransteht und nur in diesen durch Einzelbestimmungen variirt ist,[1]) so hat man nicht das Recht § 119 usw. auf die Erfüllungshandlungen nicht zu erstrecken.

Und hier ist allerdings ein wesentlicher Unterschied zwischen den Fällen, in denen der Gläubiger die Eventualleistung, und denen, in welchen er die Primärleistung irrtümlich angenommen hat.

Freilich wird man schwerlich einen Fall in der Praxis finden, in der der Gläubiger die Eventualleistung irrtümlich angenommen hat. Und wenn er sie tatsächlich irrtümlich angenommen haben sollte, so wird ihm wohl nicht gelingen, den Richter zu überzeugen, daß er „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde“ (§ 119 BGB.). Wie hätte der Gläubiger dazu kommen sollen, die Eventualleistung an Stelle der primären Leistung in erheblichem Irrtum anzunehmen, denn gegen den anfechtenden Gläubiger wird mit Entschiedenheit die Tatsache sprechen, daß er die Eventualleistung angenommen hat, aus der regelmäßig ohne weiteres zu entnehmen sein wird, daß die Eventualleistung für den Gläubiger Interesse hatte und ihm die Primärleistung ersetzte. Wenn aber ein solcher Fall wirksamer Anfechtung einmal vorliegt, so liegt auch kein Grund vor, dem Schuldner nicht das Recht des § 122 BGB., das Weitz[2]) ihm abspricht, zuzustehen. Weitz sagt: „dem Schuldner Schutz gegen Nachteile durch Gewährung eines Anspruchs auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses in analoger Anwendung des § 122 zu geben, erscheint nicht angängig. Der Ersatzanspruch des Schuldners richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen

---

[1]) z. B. § 1333 BGB.

[2]) Weitz S. 73.

wegen Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen, wenn den Gläubiger ein Verschulden trifft.“ Wo § 119 gilt, gilt auch § 122 BGB. Und nur in den dort ausdrücklich genannten Fällen steht dem Anfechtungsgegner das negative Vertragsinteresse nicht zu. Es ist nicht abzusehen, warum der Schuldner sich dem irrenden Gläubiger gegenüber in diesem Fall nicht hierauf, sondern nur auf § 823 ff. stützen sollte. Ist die wirksame Anfechtung erfolgt, stehen also dem Schuldner die Rechte aus §§ 119, 122, 273 BGB. zu.

Anders gestaltet sich die Lage des Schuldners, wenn der Gläubiger im Irrtum die Primärleistung angenommen hat.[1]) Nach erfolgreicher Anfechtung ist die Annahme der Leistung als nicht erfolgt anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB.). Durch diese Anfechtung wird aber die Rechtshandlung des Schuldners, das ordnungsmäßige Angebot der Leistung, nicht nichtig, sondern nur die Annahme der Leistung durch den Gläubiger. Es stellt sich daher nach Feststellung der Nichtigkeit der Leistungsannahme heraus, daß der Gläubiger seit dem ordnungsmäßigem Angebot der Primärleistung im Verzuge ist (§ 293 BGB.).

So harte Folgen für den Schuldner zunächst der Umstand zu haben scheinen mußte, daß man dem Gläubiger ein Variationsrecht noch nach der Annahme einer Leistung gibt, ist demnach doch tatsächlich die Stellung des Schuldners nicht verschlechtert: die §§ 122, 812, 273, 293 ff. BGB. gewähren ihm hier völlig ausreichenden Schutz.

Kipp[2]) führt aus, es werde nicht zu bestreiten sein, daß ein Gläubiger, der in Unkenntnis der Tatsachen, aus welchen sich ergibt, daß er an der Leistung kein Interesse mehr hat (§ 286 Abs. 2), von dem im Verzuge befindlichen Schuldner die Leistung angenommen hat, unter Rücknahme derselben (nebst

---

[1]) Langheineken S. 213: „Die Annahme der primären Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts ist unwiderruflich.“ A. M. richtig Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 31: „Es muß von Fall untersucht werden, ob, wenn der Gläubiger in Unkenntnis dieses Rechts Erfüllung angenommen hat, er auf jenes Recht noch zurückkommen kann. Grundsätzlich wird diese Frage zu bejahen sein.“ Vgl. S. 37.

[2]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 31 d.

Ersatz des negativen Interesses zugunsten des gutgläubigen Schuldners) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Gegen diese Ausführungen hat sich Pescatore (1905)[1]) gewendet; diese scheinen jedoch von ihm mißverstanden zu sein. Als Stütze von Kipps vorhergehender Behauptung, daß grundsätzlich nichts im Wege stehe, auch nach Annahme einer Leistung dem Gläubiger die Rechte des § 119 BGB. zu gewähren, ist dies sehr wohl zu verwenden; — einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann man dem Gläubiger freilich grundsätzlich nicht geben. Der Schadensersatzanspruch aber, von dem hier die Rede ist, ergibt sich aus § 286 BGB. und ist darauf gestützt, daß die Leistung für den Gläubiger infolge des Verzuges des Schuldners kein Interesse mehr hatte. Wo dieser Kausalzusammenhang zwischen dem Schuldnerverzug und dem Mangel des Interesses des Gläubigers an der Annahme fehlt, ist ein Schadensersatzanspruch hier nicht gegeben. Fehlt dieses Moment, und ist nur der Irrtum des Gläubigers über sein Wahlrecht für den Interessenmangel kausal, so hat der Gläubiger, selbst wenn der Schuldner im Verzuge war, keinen Schadensersatzanspruch. Das Mißverständnis beruht wohl darauf, daß in Kipps Ausführungen der eigentliche Grund des Schadensersatzanspruchs: „Infolge des Verzuges" nicht besonders betont ist. Kipp behauptet gar nicht allgemein, daß „der, der sich geirrt habe, von dem andern, der erfüllt hat, noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne",[2]) Kipp hat nur für die Richtigkeit der Ansicht, daß dem Gläubiger noch nach Erfüllung ein Anfechtungsrecht aus § 119 zusteht, ein Beispiel angegeben, in welchem zufällig von einem Schadensersatzanspruch die Rede ist.

Ob der Schuldner den Irrtum kannte oder nicht, ist für die Frage der Anfechtung selbst gleichgültig.[3]) Es kann nicht zugestanden werden, daß, wenn der Gegner den Irrtum des Erklärenden über sein Wahlrecht kannte, die erfolgte Wahl nichtig,

---

[1]) S. 274 ff.

[2]) Pescatore (1905) S. 275.

[3]) z. B. Fischer-Henle Anm. 8 zu § 119 BGB.

andernfalls anfechtbar sei.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat einen solchen Unterschied im § 119 BGB. nicht gemacht. Die Folgen der Anfechtung einer Erklärung, deren Anfechtbarkeit der Gegner kannte, sind in §§ 122 und 142 Abs. 2 ausdrücklich geregelt. In jedem Fall ist die Erklärung nur anfechtbar. Bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Anfechtbarkeit zessiert aber der dem Anfechtenden auferlegte Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

11. Ursprüngliche Unmöglichkeit der Primär- oder Eventualleistung.

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig“ (§ 306 BGB.). Ist die Primärleistung von Anfang an unmöglich, so ist ein Vertrag nicht zustande gekommen.[2]) Damit wird auch die Abrede einer Gläubigerermächtigung hinfällig. So die Regel. Es ist aber richtig, wenn Pescatore[3]) sagt, daß dieser Satz sich nicht als durchgreifende Regel aufrechterhalten lasse. Sein Beispiel mit der Vertragsstrafe zieht freilich nicht, da er in ein und demselben Beispiel die beiden Arten der Vertragsstrafe, im Fall der Nichterfüllung und nicht ordnungsmäßigen Erfüllung, nicht scharf unterscheidet. Eine Ausnahme ist aber tatsächlich denkbar, wenn nämlich die Gläubigerermächtigung gerade auf den Fall der Unmöglichkeit gestellt ist, — wenn der Sicherungszweck vorwaltet. Wenn A sich zur bestimmten Stunde B's Schlitten bestellt hat,[4]) und sich dabei ausgemacht hat, statt dessen auch den Wagen verlangen zu können, so wird, selbst wenn der Schlitten von anfang an nicht geleistet werden konnte, es dem Parteiwillen entsprechen, daß B auf Verlangen des A ihm den Wagen zur Verfügung zu stellen hat.

---

[1]) Litten S. 149.
[2]) vgl. §§ 307ff. BGB.
[3]) Pescatore (1905) S. 276.
[4]) Pescatore (1905) S. 276.

Ist die Eventualleistung von Anfang an unmöglich, so kommt es sehr darauf an, welche Bedeutung die Parteien der Gläubigerermächtigung beimessen. Diese besondere Vereinbarung wird durch die Unmöglichkeit des Gläubigers, die Eventualleistung verlangen zu können, hinfällig. Dieser Teil des ganzen Vertrages kann so wichtig gewesen sein, daß der ganze Vertrag ohne diesen nichtigen Teil nicht geschlossen sein würde. Es kann also (§ 139 BGB.) auch im Fall, daß die Eventualleistung von Anfang an unmöglich war, der ganze Vertrag nichtig sein.

12. Nachfolgende Unmöglichkeit der Primär- oder Eventualleistung.

Die Fälle, daß der Gläubiger oder der Schuldner die geschuldete Primärleistung oder die nach Vornahme der Wahl geschuldete Eventualleistung schuldhaft unmöglich machen, sind ohne weiteres nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 275 ff., 324, 325 BGB.) zu entscheiden. „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich“ (§ 275 Abs. 2 BGB.). Interessanter ist die Frage, wie der Schuldner und der Gläubiger haften, wenn sie die vom Gläubiger gewählte Eventualleistung unmöglich machen und den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zu vertreten haben. Da die Eventualleistung bis zur Wahl nicht geschuldet wird, so zerstört der Gläubiger eine fremde Sache, auf die er auch noch gar keinen Anspruch hat. Er haftet dem Schuldner deshalb nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB.). Er kann sich freilich dadurch befreien, daß er die unmöglich gewordene Eventualleistung statt der Primärleistung wählt.

Der Schuldner zerstört eine ihm selbst gehörige Sache. Er vereitelt dadurch das Recht des Gläubigers, statt der Primärleistung seine Befriedigung in der Eventualleistung zu suchen. Da aber obligatorische Rechte den Schutz des § 823 Abs. 1 nicht genießen, so kann der Gläubiger auf Grund

dieser Bestimmung Schadensersatz nicht fordern.[1]) Auch § 823 Abs. 2 kommt hier nicht in Betracht. Für die Anwendbarkeit des § 826 würden alle die Fälle ausscheiden, in denen dem Schuldner beim Unmöglichwerden der Eventualleistung nur Fahrlässigkeit zur Last fällt. Unbedenklich erscheint wohl, in dem vorsätzlichen Beeinträchtigen des Wahlrechts, das der Schuldner dem Gläubiger eingeräumt hatte, ein Verhalten zu sehen, das gegen die guten Sitten verstößt. Und durch die Vereitelung dieses Rechts kann dem Gläubiger auch ein Schaden entstehen. Auch die Feststellung, ob der Schuldner bei seiner Handlung das Bewußtsein der Schädigung hatte, kann getroffen werden. Der Anwendbarkeit des § 826 auf diese Fälle steht somit nichts entgegen. Hierauf kann die Haftung des Schuldners begründet werden; die von Dechamps gewählte Fassung jedoch,[2]) daß „die Eventualleistung zwar nicht in obligatione sei, aber doch des für die Zwecke der Obligation erforderlichen Rechtsschutzes genieße", und daß die Parteien sich haftbar machen, wenn sie etwas tun, was die Möglichkeit, daß die eventuelle Leistung einmal die geschuldete wird, beeinträchtigen könnte,[3]) muß als zu allgemein als unzutreffend bezeichnet werden. Man braucht tatsächlich aber nicht zur Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen zu greifen. Neben dem Anspruch auf die Primärleistung hat der Gläubiger das Recht der Ermächtigung. Dieses Recht schließt den Anspruch des Gläubigers ein, vom Schuldner zu verlangen, daß er alles unterläßt, was dieses Recht beeinträchtigt. Wenn die Parteien sich zu einem solchen „sozialen Zusammenwirken" verbunden haben, so widerspricht eine Handlungsweise, die dies Recht beeinträchtigt, den Grundsätzen von Treu und Glauben. Nicht in dem Zerstören der Eventualleistung an sich, die noch gar nicht geschuldet wird, sondern in der Beeinträchtigung des Ermächtigungsrechts ist ein vertragswidriges Verhalten zu

---

[1]) Bei der passiven Wahlschuld irrtümlich Litten S. 196; richtig dagegen Pescatore (1905) S. 129.

[2]) S. 69.

[3]) Dechamps S. 62.

finden; der Schuldner haftet also schon aus dem Vertrage nach den allgemeinen Vorschriften.

Die umstrittenste Frage ist die, ob bei Eintritt kasueller Unmöglichkeit der Primär- oder Eventualleistung der Schuldner frei wird, oder auf die noch mögliche andere Leistung verhaftet bleibt.[1]) Die Ansichten lassen sich in zwei Gruppen teilen, und die Gegensätze haben ihren Grund zum großen Teil darin, je nachdem die Meinung vertreten ist, daß es sich bei der Gläubigerermächtigung um eine oder zwei Obligationen handelt. Zum großen Teil ist auch scharf unterschieden, ob die Primär- oder die Eventualleistung unmöglich wird; diese Unterscheidung muß auch streng durchgeführt werden.

Eine Vorbemerkung ist hier jedoch noch erforderlich. Wer von den Schriftstellern mit zwei Obligationen operierte, konnte theoretisch ohne weiteres dazu kommen, den Schuldner nach Unmöglichkeit der Erfüllung der einen Obligation noch aus der anderen Obligation haften zu lassen.[2]) Bei der Annahme nur eines Schuldverhältnisses scheint zunächst, da das Gesetz (§ 275 BGB.) ausdrücklich vorschreibt, daß „der Schuldner von der Verpflichtung der Leistung frei wird, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird" — für die Annahme, daß der Gläubiger nach Unmöglichkeit einer der Leistungen noch die andere solle verlangen dürfen — kein Raum zu sein. Eine nähere Betrachtung des § 275 lehrt jedoch etwas anderes. Das Gewicht liegt darauf, daß der Schuldner frei wird, soweit die Leistung usw. unmöglich wird.[3]) Durch das Freiwerden des Schuldners kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen wird der begriffliche Bestand des Schuldverhältnisses nicht berührt. „Wenn auch der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit wird, so wird

---

[1]) Chamizer S. 79; Weitz S. 86; Langheineken S. 211; Dechamps S. 69ff.; Litten S. 99ff.; Regelsberger S. 167; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 34; Pescatore (1905) S. 255; Titze S. 196; Canetta S. 29; Schenke S. 52.

[2]) z. B. Regelsberger S. 167.

[3]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 86.

doch das Schuldverhältnis nicht gänzlich aufgehoben.“ [1]) Demgemäß darf — wie einmal das Oberlandesgericht Hamburg [2]) ausgeführt hat — der Schuldner die alsbaldige Mitteilung von Umständen, welche die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ernstlich in Zweifel stellen, nicht unterlassen (§ 242). Nicht als Ausnahme, sondern demgemäß bestimmt ferner § 281 BGB.: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger die Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs erlangen.“ [3]) Da das Schuldverhältnis mit Gläubigerermächtigung begrifflich durch Unmöglichkeit einer der Leistungen nicht erlischt, so ist zunächst festgestellt, daß eine weitere Abwicklung der Gläubigerermächtigung, wenn sie dem Parteiwillen oder der Absicht des Gesetzes entspricht, auch nach Unmöglichkeit einer der Leistungen stattfinden kann.

a) Unmöglichwerden der Primärleistung.

Es ist einerseits behauptet, der Schuldner würde durch kasuelles Unmöglichwerden der Primärleistung grundsätzlich nicht frei, [4]) während andererseits grundsätzlich das Gegenteil behauptet wird [5]). Eine Lösung der entgegenstehenden Ansichten ist wohl deshalb nicht erzielt worden, weil teilweise auf die der Gläubigerermächtigung zugrunde liegenden Zwecke nicht ge-

---

[1]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 336; Planck (1904) S. 72 Anm. 6.

[2]) Eine Anwendung dieser Bestimmung auf die Gläubigerermächtigung, bei der zwar auch von einer Ersatzleistung die Rede ist, ist unzulässig, denn § 281 BGB. spricht von dem Fall, daß der Schuldner durch den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand einen Ersatz erlangt, während die Gläubigerermächtigung dieser Voraussetzung entbehrt.

[3]) Seufferts Archiv Bd. 56 S. 392.

[4]) Regelsberger S. 167; Canetta S. 29; Langheineken S. 211; Weitz S. 86.

[5]) Chamizer S. 79; Dechamps S. 70; Litten S. 99 f.; Titze S. 197.

nügend Gewicht gelegt worden ist. Je nachdem der Wahl- oder Versicherungszweck der leitende Gesichtspunkt ist, muß die Entscheidung ganz verschieden ausfallen. Und es ergibt sich mit natürlicher Konsequenz:

Hat der Gläubiger sich die Ermächtigung zu seiner größeren Sicherheit einräumen lassen, so würde diese eine illusorische sein, wenn der Schuldner durch den Untergang der Primärleistung frei würde. Hier scheint die Ermächtigung sogar gerade auf den Fall gestellt, daß die Primärleistung unmöglich wird.

Bei Vorliegen des Wahlzwecks hat der Gläubiger nur so lange das Recht, statt der Primärleistung die Eventualleistung zu fordern, als die erstere geschuldet wird. In dem Augenblick, in dem die Primärleistung kasuell unmöglich wird, verliert der Gläubiger auch das Recht, die Eventualleistung zu verlangen.

Hat also der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen (§ 339 Abs. 1 BGB.), so wird durch kasuelles Unmöglichwerden der Schuldner frei, der Gläubiger kann die Strafe nicht mehr fordern. Bestand hier dagegen die Leistung in einem Unterlassen, so kann der Gläubiger, wenn auch den Schuldner für die Zuwiderhandlung kein Verschulden trifft (§ 339 Abs. 2) doch die Strafe fordern.

Wird[1]) im Fall des § 249 Abs. 2 BGB. die Herstellung des früheren Zustandes kasuell unmöglich, so kann der Gläubiger doch Geldersatz fordern.

b) Unmöglichwerden der Eventualleistung.

Während es bei der Primärleistung gleichgültig ist, ob sie unmöglich wird, nachdem sie nochmals ausdrücklich gewählt war, oder bevor der Gläubiger gewählt hatte, — da in beiden Fällen

---

[1]) vgl. dagegen § 251 Abs. 1 „soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige dem Gläubiger in Geld zu entschädigen."

die Primärleistung die geschuldete ist —, ist bei der Eventualleistung scharf zu unterscheiden:

Geht die Eventualleistung vor der Ausübung der Wahl unter, und lag der Gläubigerermächtigung der Wahlzweck zugrunde, so verliert der Gläubiger die Möglichkeit, seine Ermächtigung geltend zu machen, aber die primäre Leistung bleibt geschuldet.

Geht bei Vorliegen des Wahlzwecks die Eventualleistung nach ihrer Wahl unter, so wird, da diese jetzt geschuldet wird, der Schuldner frei (§ 275 BGB.). Bei gegenseitigen Verträgen verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 BGB.). Hier kann der Gläubiger nicht mehr auf die Primärleistung zurückgreifen. Geschuldet wurde nur noch die Eventualleistung, der Zweck der Gläubigerermächtigung war hier mit Vornahme der Wahl erfüllt.

Im Fall des Vorwaltens des Versicherungszwecks dagegen bleibt, wenn die Eventualleistung vor Ausübung der Wahl untergeht, der Schuldner auf die Primärleistung verhaftet —, wenn die Eventualleistung nach ihrer Wahl untergeht, kann der Gläubiger auf die Primärleistung zurückgreifen.

Zulässig ist freilich eine andere Vereinbarung. Auch gesetzlich kann im Einzelfall etwas anderes bestimmt sein. Wo das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß durch die Geltendmachung des Eventualanspruchs der Primäranspruch ausgeschlossen sein soll (z. B. §§ 340, 250 BGB.), kann der Gläubiger nach Unmöglichwerden der schon gewählten Eventualleistung auf den Primäranspruch nicht zurückkommen.

13. Die Gläubigerermächtigung im Prozeß.

Für die Klage des Gläubigers aus dem Vertrage mit zugefügter Gläubigerermächtigung gehört zu den klagbegründenden Tatsachen: wenn die Primärleistung verlangt wird, regelmäßig vor allem der Vertragsschluß, — wenn die Eventualleistung verlangt wird, der Vertragschluß, die Einräumung der Ermächtigung,

event. außerdem die Tatsache, daß die Ermächtigung dem Sicherungszweck dienen sollte.[1])

Nach dem das Variationsrecht der Gläubiger beherrschenden Grundsätzen[2]) ist zu beurteilen, ob materiell der Gläubiger statt der schon verlangten Leistung die andere verlangen kann. Nach § 268 Abs. 3 der ZPO. ist es als Klageänderung nicht anzusehen, „wenn ohne Veränderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer späteren eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird." Der Gläubiger kann deshalb sowohl in den Fällen, in denen er materiell berechtigt ist, zu variieren, als auch in den Fällen, in denen in der Klageerhebung die Vornahme einer Wahl noch nicht zu erblicken war,[3]) im Laufe des Prozesses statt des eingeklagten Anspruchs den anderen Anspruch geltend machen.[4]) Das kann aber nicht in jedem Fall geschehen. Das Gesetz verlangt, daß später eine Veränderung eingetreten sein muß. Diese ist darin zu finden, daß der Gläubiger sein Recht: statt der Primärleistung die Eventualleistung zu fordern, ausübte, und sie dadurch zum Gegenstande des Schuldverhältnisses machte. Das Gesetz verlangt auch, daß der Klagegrund nicht verändert wird: zur Begründung des Primäranspruchs bedarf es nicht des Vorbringens, daß die Gläubigerermächtigung eingeräumt sei. Dieses Vorbringen bei dem nunmehr auf Verurteilung in die Eventualleistung gerichteten Klageantrage wird erst durch dessen Geltendmachung bedingt und ist deshalb nur als Ergänzung der tatsächlichen Anführungen anzusehen. Der typische Fall ist dafür, daß statt der Erfüllung nach fruchtlosem Ablauf der vom Gläubiger gesetzten Frist statt der Erfüllung nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird.

Man hat darüber gestritten, ob die Eventualleistung zugleich mit der Primärleistung eingeklagt werden kann.[5])

---

[1]) vgl. S. 8.
[2]) vgl. S. 30 ff.
[3]) vgl. S. 29.
[4]) So auch Hellwig S. 3.
[5]) Langheineken S. 203; so auch Hellwig S. 111ff.

1. Langheineken sagt darüber: „Der Gläubiger mit facultas alternativa ist berechtigt, gleichzeitig auch beide Leistungen (event. verbunden) zu klagen. Eine solche Eventualverbindung ist aber von der gewöhnlichen Eventualhäufung der Petita durchaus verschieden.[1]) Der Gegensatz (Eventualpetitum — einheitliches Petitum auf Eventualverurteilung) beruht in der Besonderheit des unmittelbaren Prozeßgegenstandes, des Rechtsschutzanspruches und läßt sich vielleicht in folgender Weise ausdrücken: bei der sonstigen Eventualhäufung handelt es sich um eventuell-verbundene Ansprüche auf eine Verurteilung, in unserem Falle um einen Anspruch, auf eventuell-verbundene Verurteilung.“ Bei der sonstigen Klagenhäufung würde also, wenn nach dem Eintritt späteren Unmöglichwerdens dem Primärantrage nicht mehr stattgegeben werden kann, von diesem Augenblick an der Eventualanspruch weiter verfolgt werden, während im vorliegenden Falle eine Verurteilung auf beide Leistungen erfolgen würde, von denen jedoch nur ein Anspruch durchgeführt werden darf.

Insbesondere könnte man hier versucht sein, durch analoge Anwendung der §§ 254, 255 Abs. 1 ZPO. dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, eine bedingte Verurteilung in die Eventualleistung gleichzeitig mit der in die Primärleistung ergehenden zu erzielen und hier sogar dem klagenden Gläubiger zu gestatten, in der Klageschrift die bestimmte Angabe des Inhalts der Ersatzleistung vorzubehalten, so daß zunächst nur Teilurteil bezüglich des primären Anspruchs ergeht und dessen Vollstreckung versucht werden kann, und daß erst dann (oder nach bloßem Ablauf der bestimmten Frist) das Verfahren über den eventuell erhobenen Anspruch fortgesetzt wird.“ [2]) Es muß mit Hellwig zugegeben werden, daß eine Vereinfachung und Beschleunigung der Prozeßführung und Rechtsverwirklichung durch Zulassung von sukzessiver Erledigung zweier Ansprüche, bei denen die Erledigung des einen die eventuelle Verfolgung des anderen vorbereitet, — die Folge sein würde. Dies ist auch

---

[1]) vgl. Hellwig S. 114 Anm. 24 a.
[2]) Hellwig S. 114.

die Tendenz des § 254 ZPO. Die in dieser Bestimmung genannten Fälle sind aber ganz besonderer Art. Diese Klagen stehen sich als Hilfsanspruch und Hauptanspruch gegenüber.[1])

Die Klage auf Rechnungslegung usw. bereitet die Verfolgung des Herausgabeanspruchs nur vor. Dieser Gesichtspunkt fehlt bei der Gläubigerermächtigung gänzlich. Der Primäranspruch kann ebenso wie der Eventualanspruch zur Befriedigung des Gläubigers führen. Es handelt sich um ein Verhältnis, bei dem die Durchführung des einen Anspruchs den anderen ausschließt, aber nicht um zwei Ansprüche, von denen der eine ausschließlich den Zweck hat, den anderen zu unterstützen.

Stein[2]) hatte bei Beratung der Novelle zur Zivilprozeßordnung von 1900 vor Einfügung der §§ 230 a und b darauf hingewiesen, was die Formulierung der später als § 255 in die Zivilprozeßordnung aufgenommenen Bestimmung zur Folge haben müsse: „Denken wir den Fall, daß das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet, dem säumigen Schuldner eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf der Gläubiger die Leistung nicht mehr anzunehmen braucht (§ 283), so bekommen wir ein Urteil folgenden Inhalts: „Der Beklagte wird verurteilt, das und das zu leisten. Wenn er nicht innerhalb 14 Tagen leistet, nachdem das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, dann hat der Kläger das Recht vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz zu verlangen.“ Nun mag der Gläubiger eine neue Klage erheben, er muß einen zweiten Prozeß auf den Schadensersatz anstrengen, der durch eine analoge Anwendung des Verfahrens nach dem § 230 c nämlich durch ein Teilurteil und die Erlaubnis, wegen des Schadensersatzes vor dem Prozeßgericht erster Instanz den Prozeß fortzusetzen, auch hier eine Vereinfachung durch Verminderung von zwei Prozessen auf einen geschaffen würde. § 230 B müßte zu diesem Zweck folgenden Absatz 3 erhalten:

> „In den Fällen des Abs. 1 ist, wenn der Kläger die ihm bei Nichterfüllung zustehenden Ansprüche in der Klage für den Fall fruchtlosen Ablaufs der zu be-

---

[1]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 526f.; Förster-Engelmann S. 354.

[2]) Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 24 S. 222 f.

stimmenden Frist erhoben hat, über den Anspruch durch Teilurteil zu erkennen und in diesem die Frist zu bestimmen. Nach Ablauf der Frist kann der Rechtsstreit vor dem Prozeßgerichte erster Instanz fortgesetzt werden. Die bestimmte Angabe der dem Kläger wegen der Nichterfüllung der zustehenden Ansprüche kann bis zu diesem Zeitpunkte vorbehalten werden."

Diesem Rat ist man jedoch nicht gefolgt.[1]) Auch die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs[2]) hatte den Antrag, dem Absatz 1 des damaligen § 243 am Schluß hinzuzufügen:

„Die Klage auf Schadensersatz kann unter Vorbehalt der Feststellung des Betrags fürsorglich mit der Klage auf Leistung verbunden werden."

ausdrücklich abgelehnt. „Man hielt es für bedenklich, die prozessualrechtliche Frage, ob mit der Klage auf diesen Gegenstand des Anspruchs bildende Leistung die eventuelle Klage auf Schadensersatz verbunden werden könne, hier zu entscheiden."[2])

Diese Erwägungen müssen auch bei Beurteilung der Gläubigerermächtigung im allgemeinen maßgebend sein. Eine Eventualverurteilung neben der Primärverurteilung kann daher regelmäßig nicht für zulässig erachtet werden.

Dieses Bedenken fällt aber dann fort, wenn einmal der Eventualanspruch von einem bestimmten Zeitpunkt an suspensiv besteht[3]): Eine Eventualverbindung des Erfüllungsanspruchs und des Anspruchs auf die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung ist hier m. E. in der Weise durchaus zulässig, daß das Urteil principaliter auf Erfüllung lautet und im Urteil zugleich unter Berücksichtigung des § 326 Abs. 1 BGB. und § 255 ZPO. erkannt wird, daß nach Ablauf der im Urteil zu bestimmenden Frist der Gläubiger berechtigt ist, statt der Erfüllung die Vertragsstrafe zu fordern.[4])

---

[1]) vgl. Petersen und Anger Bd. 1 zum § 255.
[2]) Prot Bd. 1 S. 321 f.
[3]) vgl. S. 22 f.
[4]) Noch weiter geht Hellwig S. 114 Anm. 28a.

2. Hellwig führt aus, daß die Klage auf Verurteilung aus einem aufschiebend bedingten Anspruche nichts anderes sei, als eine Klage auf künftige Leistung und als solche nach der clausula generalis § 259 ZPO. zulässig sei. Dem ist zuzustimmen. § 259 setzt aber wenigstens einen Anspruch voraus. „Von künftiger rechtzeitiger Leistung kann man ohne Zwang auch bei bedingten Ansprüchen reden, da auch bei ihnen eine natürliche, in der Bedingung mit erhaltene Befristung besteht.[1]) Aber wenigstens bedingt muß der Anspruch schon existieren. Da die Eventualleistung vor ihrer Wahl grundsätzlich auch nicht bedingt geschuldet wird, so kann auch auf Grund dieser Bestimmung die Eventualleistung grundsätzlich nicht mit der Primärleistung zugleich eingeklagt werden.

3. Auch darüber gehen die Meinungen auseinander, ob mit der Klage auf Erfüllung des Primäranspruchs eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) wegen des Eventualanspruchs verbunden werden kann. Von hervorragender Bedeutung zeigt sich hier die Unterscheidung von materiellem Recht und dem Rechtsschutzanspruch.[2]) Wenn auch der Gläubiger zwei eventualverbundene Leistungsklagen auf Grund der Gläubigerermächtigung regelmäßig nicht anstellen kann, da die Eventualleistung noch nicht geschuldet wird, so hat doch der aus einem mit Gläubigerermächtigung bestehendem Schuldverhältnis klagende Gläubiger unzweifelhaft ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, ob er nach prozessualer Durchdringung des Primäranspruchs im Fall seiner materiellen Undurchführbarkeit die Eventualleistung beanspruchen kann. Denn „unter rechtlichem Interesse versteht man jedes Interesse des Klägers, ob, gegenüber welcher Person und in welchem Umfang ein Rechtsverhältnis für ihn besteht.[3]) Die Feststellungsklagen „zielen auf Rechtssicherung, unter Umständen auch auf Vorbereitung oder Ersparung der Leistungsklagen.[4]) Und gerade bei dem einheitlichen Rechtsverhältnis der Gläubigerermächtigung ist die mög-

---

[1]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 549; Langheineken S. 21 Anm. 2.
[2]) vgl. Wach S. 123; Stein in Birkmeyers Encyklopädie S. 930f.
[3]) Förster-Engelmann S. 358.
[4]) Reincke S. 233.

lichste Beschleunigung des Prozesses ein unumgängliches Bedürfnis. Die Feststellung betrifft hier das Recht des Gläubigers, statt der primären Leistung nach seinem Willen die Eventualleistung verlangen zu können. Für den Prozeßrichter wird es hier wieder notwendig, auf die der Gläubigerermächtigung zugrunde liegenden Zwecke einzugehen, denn ein wesentlicher Bestandteil der Ermächtigung ist der festzustellende Zeitpunkt, von dem ab eventuell die Geltendmachung des Eventualanspruchs ausgeschlossen sein soll. — Die dem Gläubiger zu gewährende Möglichkeit, mit der Klage auf Erfüllung des Primäranspruchs die Klage auf Feststellung des Bestehens der Gläubigerermächtigung zu verbinden, bedeutet in jedem Falle eine erhebliche Vereinfachung des Verfahrens.[1])

Zugegeben muß freilich werden, daß das am meisten befriedigende Ergebnis dann erzielt wäre, wenn der Gläubiger den unter Nummer 1 dieses Abschnitts bezeichneten Weg einschlagen dürfte. Dies konnte jedoch nach den bisher geltenden Gesetzesbestimmungen als Regel nicht zugelassen werden.

14. Schluß.

... Der Umstand, daß eine gesetzliche allgemeine Regelung der Gläubigerermächtigung nicht stattgefunden hat, bedingt die ihr innewohnende Elastizität. Diese bringt es mit sich, daß die Gläubigerermächtigung den jeweiligen Parteizwecken zu dienen vorzüglich geeignet ist.

Es ist gezeigt worden, daß die Zwecke der Gläubigerermächtigung in der aktiven Wahlschuld die gleichen sind. Auf verschiedenen juristischen Wegen werden die gleichen wirtschaftlichen Zwecke verfolgt. Für die aktive Wahlschuld hat das Gesetz von vornherein im einzelnen, sei es, daß der Wahl-, sei es, daß der Versicherungszweck zugrunde liegt, die Gestaltung des Schuldverhältnisses vorgezeichnet. Bei der Verschiedenheit der Zwecke war eine Disharmonie[2]) unvermeidlich. Diese besteht darin, daß „die durch § 263 BGB. nachgelassene

[1]) Hellwig S. 115.
[2]) Litten S. 222.

Ausübung des Wahlrechts durch bloße Erklärung den Versicherungszweck vereitelt," und „daß dem Wahlzweck dagegen das Schuldverhältnis nicht mehr dienen kann, sobald durch das nachträgliche Unmöglichwerden einer Leistung gemäß § 265 Abs. 1. BGB. der Kreis der wählbaren Leistungen verringert wird."

Da Härten auch durch Auslegung der Parteiabreden nach Treu und Glauben nicht zu vermeiden sind, so ist von Litten vorgeschlagen worden, zwei Typen von Schuldverhältnissen herauszubilden:

a) die reine Versicherungsschuld,

b) die reine Wahlschuld.

Wenn auch bei der Gläubigerermächtigung ein ähnlicher scharfer Gegensatz der Zwecke, die ihr zugrunde liegen können, besteht, so wird doch dieses Rechtsinstitut den Parteizwecken gerechter. Während freilich der aktiven Wahlschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Vorzug gebührt, daß in jedem Fall, welcher Zweck ihr auch zugrunde liegen mag, von vornherein eine klare Richtschnur für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses besteht, eröffnet sich bei der Gläubigerermächtigung für die Praxis ein weites Feld, um die geschlossenen Verträge auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Eine Vereinigung beider Vorzüge wird möglich sein, wenn der Gesetzgeber einmal die in § 262 ff. BGB. gegebenen Bestimmungen in der angegebenen Weise ausbildet. Wie Pescatore richtig hervorgehoben hat, ist das Merkmal dieser in § 262 BGB. genannten Schuldverhältnisse, — daß nämlich möglicherweise eine Wahl vorzunehmen sei, zu allgemein, als daß die Verschiedenartigkeit der Rechtsverhältnisse in der einheitlichen Behandlung hinreichend berücksichtigt werden könnte.

Regeln, die für all und jede Gläubigerermächtigung a priori brauchbar genannt werden können, lassen sich nicht aufstellen. Maßgebend sind die in Concreto zugrunde liegenden Interessen. Wohl aber konnten unter besonderer Berücksichtigung dieser, die leitenden Gesichtspunkte hervorgehoben werden, welche deshalb auch die bei der aktiven Wahlschuld unvermeidlichen Härten vermeiden und zu befriedigenden Lösungen führen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.